# Der Vergleich.

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen und staatswirtschaftlichen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der k. Universität Würzburg

vorgelegt von

**Martin Angerer**
Rechtspraktikant.

Nürnberg 1902.
Druck von Fr. Monninger.

# Der Vergleich.

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen und staatswirtschaftlichen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der k. Universität Würzburg

vorgelegt von

**Martin Angerer**
Rechtspraktikant.

Nürnberg 1902.
Druck von Fr. Monninger.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549805_0197

# Der Vergleich.


Seite

Einleitung . . . . . 7

**A. Vergleich nach B. G. B.**

I. Stellung im Gesetz . . . . . 9
II. Begriff:
1. Rechtsverhältniss . . . . . 10
2. Streit. Ungewissheit . . . . . 13
3. Gegenseitiges Nachgeben, insb. der Zwangsvergleich . . . . 17
III. Form und Beschränkungen . . . . . 25
IV. Wirkung . . . . . 28
V. Unwirksamkeit . . . . . 31

**B. Vergleich nach C. P. O.**

I. Rechtliche Natur . . . . . 36
II. Der Prozessvergleich insb. (794, 1 C. P. O.):
1. Voraussetzungen . . . . . 41
2. Abschluss . . . . . 43
3. Fähigkeit zum Abschluss . . . . . 48
4. Wirkungen und Zweck:
a) Beendigung der Rechtshängigkeit . . . . . 52
b) Zwangsvollstreckung . . . . . 52
5. Unwirksamkeit . . . . . 56
III. Der Vergleich im Sühneverfahren . . . . . 58

# Der Vergleich.

## Einleitung.

Die Lehre vom Vergleich wurde von jeher etwas stiefmütterlich behandelt. Nur wenige Abhandlungen finden sich in der gemeinrechtlichen Literatur. Auch bei der Beratung des B. G. B. im Reichstag hat sich die alte Abneigung gegen die rechtliche Behandlung des Vergleichs wieder gezeigt, indem eine Minderheit der Reichstagskommission beantragte, überhaupt keine Bestimmung über den Vergleich in das Gesetzbuch aufzunehmen.

Mit vollem Recht ging dagegen die Mehrheit davon aus,[1]) dass es bedenklich sei, keine Vorschrift aufzunehmen und der Rechtsprechung die Auslegung zu überlassen. Herrschen doch gerade in der Vergleichslehre die grössten Gegensätze. Mit Rücksicht aber auf die Bedeutung des Vergleichs im geltenden Recht, mit Rücksicht darauf, dass von ihm die Rede ist nicht nur an verschiedenen Stellen des B. G. B., sondern auch in der C. P. O. und K. O.[2]) ist eine einheitliche Definition geboten. Wollte man, wie jene Minderheit beantragte, das Wort „Vergleich" einfach nach dem Sprachgebrauch nehmen, so würde dabei sehr oft nicht zweifellos sein, ob ein Abkommen unter den Begriff fällt oder nicht. Das B. G. B. gibt ohnehin nur sehr dürftige Vorschriften, es begnügt sich damit, die Definition des Vergleichs festzustellen und eine Bestimmung über den Einfluss des Irrtums beim Abschluss des Vergleichs zu geben.

[1]) cf. Prot. S. 2622.

[2]) B. G. B. §§ 779, 782, 1822, C. P. O. 160, 81, 83, 98, 510, 794, 797, 1025, K. O. 133, 173 ff., H. G. B. 205, 270, 350.

# A. Der Vergleich nach B. G. B. (779).

## I. Stellung im Gesetz.

„Wohl noch mehr als die Schenkung, und sicherlich weit mehr als der Besitz, sagt Oertmann[1]) treffend, ist der Vergleich im Rechtssystem herumgeworfen; kaum 2 Bücher finden sich, die dem Vergleich genau dieselbe Stelle einräumen.“ Besonders vertreten war bisher die Einreihung des Vergleichs in den Abschnitt: Aufhebung der Forderungsrechte[2]); eine andere Ansicht verweist den Vergleich in den allgemeinen Teil.[3])

Das B. G. B. regelt den Vergleich im speziellen Teil des Obligationenrechts. An welcher Stelle man den Vergleich behandeln will, ist lediglich eine Frage der Zweckmässigkeit; denn an und für sich lässt sich wohl der Vergleich in allen Rechtsgebieten regeln, da er in fast allen möglich ist; beschränkt er sich doch, wie wir noch sehen werden, nicht allein auf Schuldverhältnisse. Allein der Hauptcharakter des Vergleichs ist und bleibt, mag er auch dingliche Rechte enthalten, ein obligatorischer, auch bei jenen Vergleichen, die zugleich einen dinglichen Vertrag enthalten, kommt für die Beurteilung der Wirkungen die obligatorische Natur in Betracht, beispielsweise bei der Eviktion.

Darnach erscheint die Behandlung des Vergleichs im „Recht der Schuldverhältnisse“ am zweckmässigsten.

Allerdings begreift das B. G. B. unter Vergleich nicht nur das obligatorische Kausalgeschäft, sondern das ganze Rechtsgeschäft; den Vorschlag, den Vergleich als einen Vertrag zu definieren, durch welchen gegenseitiges Nachgeben etc. vereinbart werde, also lediglich das obligatorische Moment zu

---

[1]) Der Vergleich im gemeinen Civilrecht; Berlin 1895, S. 36.

[2]) Puchta, Just. II, § 280, Wächter, Pand. II, § 295 et. L. N. I, 16.

[3]) Risch, Lehre vom Vergleich, Erlangen 1855.
Baron, Pand. § 101.
Hölder, Pand. § 70.
Bülow im Archiv für d. civil. Praxis, Bd. 83, S. 85, 93.

berücksichtigen, wurde in der Reichstagskommission abgelehnt, weil der Verkehr das ganze Geschäft, soweit es durch blossen Vertrag zustande komme, als Vergleich bezeichne.[1])

## II. Begriff.

Nach § 779 B. G. B. ist Vergleich zu definieren als ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis steht nach Abs. 2 die Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs gleich.

### 1. Rechtsverhältnis.

Gegenstand des Vergleichs ist nach der gesetzlichen Definition zunächst ein Rechtsverhältnis.

Rechtsverhältnis ist jedes rechtlich geordnete Lebensverhältnis. Darnach wäre an und für sich über alle solche rechtlich geordneten Lebensverhältnisse ein Vergleich möglich. Zunächst ist darnach unzweifelhaft, dass ein Vergleich trotz seines obligatorischen Charakters und trotz seiner Regelung im Recht der Schuldverhältnisse nicht nur ein Schuldverhältnis zum Gegenstand haben kann, sondern auch dingliche, erbrechtliche Rechtsverhältnisse, Urheberrechte. Das Rechtsverhältnis muss aber der Verfügung der Parteien unterworfen sein.

Unzulässig sind Vergleiche in Ehesachen,[2]) wenn auch § 617 C. P. O. es nicht ausdrücklich ausschliesst. Auch über öffentlich rechtliche Verhältnisse, ist, soweit sie der Parteiposition unterliegen, ein Vergleich statthaft. Z. B. kann ein Staatsbeamter gültig einen Vergleich über den Gehaltsanspruch mit dem Staat schliessen. Nach § 19 des preuss. Erbschaftssteuer-Gesetzes vom 30. Mai 1873 ist eine Einigung zwischen der Steuerbehörde und dem Steuerpflichtigen für die Berechnung der Erbschaftssteuer ausdrücklich zugelassen. In der Reichsgerichtsentscheidung vom 10. Dezember 1892 wird diese Einigung als Vergleich mit bindender Wirkung erklärt.[3])

Viel wird in der Literatur der Vergleich über Strafansprüche besprochen.

---

[1]) cf. Prot. S. 2625.

[2]) cf. Kohler, Zeitschr. f. Civilpr. 29, S. 41.

[3]) R. G. Bd. 34, S. 282.

Nach römischem Recht war über private Delikte ein Vergleich schlechthin zulässig; von den delicta publica konnten diejenigen, welche sanguinis poenam ingerunt, also die Kapitalverbrechen Gegenstand eines Vergleichs sein.[1])

Nach A. L. R. I, 16, § 415 ist ein Vergleich zulässig über das Privatinteresse aus schon begangenen unerlaubten Handlungen, dagegen hat nach § 416 ein Vergleich zur Verheimlichung eines Verbrechens, welches der Richter von Amtswegen rügen muss, keine rechtliche Wirkung.

Daraus schliesst Dernburg[2]), dass ein Vergleich über ein Verbrechen, welches von Amtswegen verfolgbar ist, als unsittliches Geschäft nichtig ist, während der Vergleich über die Nichtverfolgung eines Verbrechens, welches nur auf Antrag des Verletzten zur Untersuchung zu ziehen ist, Geltung hat, sofern nicht im gegebenen Fall eine Unsittlichkeit in ihm liegt oder eine Erpressung zu finden ist.

Nach Förster-Eccius[3]) steht nichts entgegen, den § 416 A. L. R. auf die Antragsvergehen des St. G. B. anzuwenden; dagegen sei ein Vertrag, durch welchen das Nichtstellen des Antrags gegen eine Belohnung verworfen wird, als unsittlich zu verwerfen.

Auch der C. C. lässt Vergleiche über die aus einem Vergehen entstandenen Civilansprüche zu, ohne dass aber ein solcher Vergleich auf die Verfolgung des Vergehens durch den Kronanwalt Einfluss hat. A. 2046.[4])

Im Gegensatze zu diesen früheren Gesetzgebungen nun gibt das B. G. B. keine Bestimmungen über die Zulässigkeit von Vergleichen über Ansprüche aus Delikten, so dass deren Gültigkeit lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen ist.

Darnach ist ohne Zweifel ein Vergleich über strafbare Handlungen, die von Amtswegen zu verfolgen sind, ausgeschlossen, weil die Strafverfolgung und Bestrafung hiebei Aufgabe des Staates und privatem Eingriff entzogen ist.

---

[1]) l. 18 C. de transact. 2, 4: Transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio non prohibitum est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsam accusationem.

[2]) Preuss. Privat. R., S. 165.

[3]) Preuss. Privat. R., S. 793.

[4]) cf. Zachariae, franz. Civilrecht II, S. 531.

Wie steht es nun aber mit den Antragsdelikten? Hier sind 2 Dinge auseinanderzuhalten:

1) Wird durch einen Vergleich über ein Antragsdelikt die strafrechtliche Verfolgung ausgeschlossen, wenn der Antrag doch gestellt wird?
2) Kann, wenn der Strafantrag nicht gestellt wird, die Gegenleistung auf Grund des Vergleichs eingeklagt werden, oder kann das Geleistete zurückgefordert werden, wenn trotz des Vergleichs der Antrag gestellt wird?

Die erste Frage ist ganz gewiss zu verneinen.[1]) Das St. G. B. kennt als Grund des Wegfalls des Antragrechts nur, dass der Berechtigte es unterlässt, den Antrag binnen 3 Monaten zu stellen (§ 61 St. G. B.); ausnahmsweise ist Zurücknahme des Antrags gestattet; wenn irgend eine Privatabmachung zulässig wäre, müsste dies ausdrücklich bestimmt sein, da doch nirgends im Strafrecht private Abmachungen zulässig sind; denn die Strafpflicht des Staates verlangt nicht nur, dass die Strafansprüche unbedingt verfolgt werden, sondern auch dass sie jeder Verfügung der Beteiligten entzogen seien.[2])

Auch das R. G. verneint die Frage.[3])

Dagegen ist die zweite Frage grundsätzlich zu bejahen. Der Vergleich ist zu stande gekommen und die Gegenleistung kann eingeklagt werden, wenn der Antrag nicht gestellt wird; andererseits kann auch das etwa Gegebene zurückgefordert werden, wenn der Antrag gestellt wird.

Man kann diese Art von Vergleichen, wie Oertmann,[4]) als eine Art negotium claudicans bezeichnen; der eine Teil, der Abfindende, ist fest verpflichtet; der Verletzte kann zwar das Geschäft gelten lassen, ist aber daran gebunden. Die Entscheidung tritt mit Ablauf der Antragsfrist ein; damit ist, wenn der Antrag gestellt wird, die Leistung des Verletzten zu einer endgiltigen geworden, der Vergleich ist somit unwiderruflich. Sehr leicht kann freilich in einem solchen Vergleich über Antragsdelikte eine Unsittlichkeit oder eine Gesetzesverletzung liegen, sei es, dass der Vertrag dahin geschlossen oder zu

---

[1]) Eine Ausnahme bildet der von dem Schiedsmann abgeschlossene Vergleich. (St. P. O. § 420.)

[2]) cf. Birkmeyer, Strafprozess S. 74.

[3]) Entsch. für Strafs., Bd. 3, 221 f.

[4]) S. 84.

deuten ist, dass das Nichtstellen des Antrags von einer Belohnung abhängig gemacht wird, sei es, dass das Strafrecht den Verzicht auf den Strafantrag für wirkungslos und unstatthaft erklärt. Solche Vergleiche sind nach § 138 resp. 309 B. G. B. nichtig. Auf diese Eventualität weisen auch die Motive hin. (S. 652.)

### 2. Streit. Ungewissheit. Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs.

Zu den begrifflichen Erfordernissen des Vergleichs gehört nach B. G. B. 779 weiterhin, dass das Rechtsverhältnis, das den Gegenstand des Vergleichs bildet, streitig oder ungewiss ist.

Nehmen wir das letzte Erfordernis zuerst, so wird nach dem Gesetzestext verlangt: „Ungewissheit der Parteien". Damit ist die Streitfrage des gemeinen Rechts entschieden, ob subjektive oder objektive Ungewissheit oder beide Arten zugleich gefordert werden müssen. Für die subjektive Ansicht tritt insbesondere Windscheid[1]) und Dernburg[2]) ein, während neuestens Bülow[3]) beide Arten der Ungewissheit fordert. Indem das B. G. B. „Ungewissheit der Parteien" verlangt, entscheidet es sich für die subjektive Ungewissheit. Ausserdem ergibt sich dies auch aus der Zusammenstellung von Streit oder Ungewissheit; denn ein streitiges Rechtsverhältniss begründet eine objektive Ungewissheit und es wäre kein Grund einzusehen, warum das Gesetz zweimal dasselbe ausdrücken sollte; denn mag auch die eine Partei ihren Anspruch als richtig behaupten und glaubt sie auch, dies beweisen zu können, so ist dies blos ihre subjektive Meinung und es fragt sich, ob der Richter, der nun über den Streit zu entscheiden hat, wenn kein Vergleich erfolgt, nicht der Gegenpartei Recht gibt. Nicht ausgeschlossen ist die Fällung eines unrichtigen Urteils. Jedenfalls besteht faktische Ungewissheit. Soweit also ist unzweifelhaft, dass zum Wesen des Vergleichs subjektive Ungewissheit gefordert wird und dies stand in dem 1. Entwurf des Gesetzes fest, in dem der Abs. 2 des jetzigen § 779 noch fehlte. Dagegen wurde nun von Fischer[4]) eingewendet, dass praktisch tagtäglich vor Gericht oder im Sühneverfahren und vor dem Schiedsmann Verträge

[1]) Pand. § 414.

[2]) Pand. II, S. 285, Anm. 7.

[3]) a. a. O.

[4]) Recht und Rechtsschutz. Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozess in Bezug auf den Entwurf des B. G. B., S. 41.

geschlossen werden, nach denen der Schuldner anerkennt, aber Ratenzahlung u. dergl. bewilligt erhält, obwohl von einer Ungewissheit oder Bestrittenheit der geltend gemachten Forderung nicht die Rede sein kann. Bisher seien solche Verträge mit vollem Recht zu den Vergleichen gerechnet worden, es bedürfe also einer weiter gefassten Definition.

Deshalb ist denn auch in 2. Lesung der Zusatz (Abs. 2, 779) gemacht worden, in dem man, wie die Prot.[1]) angeben, eine zweckmässige und zur Abschneidung von Zweifeln empfehlenswerte Verdeutlichung des Entwurfs erblickte. Darunter fällt nun auch das von Fischer angeführte Beispiel; denn wenn auch der Schuldner anerkennt, ist es immer zum Mindesten objektiv unsicher, ob der Gläubiger befriedigt wird; es genügt also hier eine objektive Unsicherheit und nach dem Wortlaute des § 779 Abs. 2 steht auch nichts entgegen, eine solche anzunehmen. Allerdings wird damit der Streit, dem die Erfüllung eines Anspruchs zu Grunde liegt, in dem Ausdruck „Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs“ mitenthalten, und damit doch eine gewisse Tautologie gegeben sein. Dies soll nicht geleugnet werden, aber nur insoweit der Streit einen Anspruch, d. h. nach § 195 B. G. B. das Recht, von einem anderen ein Thun oder Unterlassen zu verlangen, betrifft und erklärt sich leicht daraus, dass eben Abs. 2 des 779 erst später angefügt worden ist.

Es besteht „Streit über ein Rechtsverhältnis“ heisst: Es stehen sich zwei widerstreitende Behauptungen gegenüber und jede Partei behauptet die Richtigkeit der ihrigen. Bei Ungewissheit im Sinne des § 779, 1 sind dagegen beide Parteien über das Vorhandensein der Ungewissheit einig.

Das Gesetz fordert nur Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis; dieselbe kann sich also beziehen auf das Vorhandensein, auf den Umfang oder Inhalt des Rechtsverhältnisses.

Es genügt auch eine Unsicherheit über einzelne Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses. Immer aber muss eine wirkliche Ungewissheit vorhanden sein. Heucheln die Parteien eine solche, etwa zur Umgehung der schriftlichen Form beim Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (B. G. B. 782), so ist der Vergleich nach § 117 B. G. B. nichtig.

Gegenstand des Vergleichs ist ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis. Damit wird gegenüber dem in der

[1]) S. 2628.

Theorie bestehenden Streit, ob ein Vergleich vorliege, wenn nur ein ungewisses Rechtsverhältnis den Gegenstand desselben bildet, ausser Zweifel gestellt, dass auch letzterenfalls ein Vergleich vorliegt.[1])

Zu den Schriftstellern, welche einen echten Vergleich nur über streitige Ansprüche zulassen wollen, gehören Brinz,[2]) Becker,[3]) insbesondere aber Sturm;[4]) er hält noch nach dem Entwurf des B. G. B. seine Unterscheidung zwischen echten Vergleich (über streitige Rechtsverhältnisse) und unechten (über blos ungewisse Rechtsverhältnisse) aufrecht, welche sich aus dem Wortlaut ergebe, indem ausdrücklich geschieden werde: ausser Streit setzen des streitigen und ausser Ungewissheit setzen des ungewissen Rechtsverhältnisses. Nach dem Wortlaut des jetzigen § 779 ist jedenfalls eine solche Unterscheidung ausgeschlossen, indem jetzt gleichmässig für Streit und Ungewissheit einfach „Beseitigung" gefordert wird.[5])

Sehr bestritten ist in der gemeinrechtlichen Literatur die Frage, ob über ein rechtskräftiges Urteil ein Vergleich möglich sei. Die Mehrzahl der Schriftsteller lässt auf Grund einiger Quellenstellen den Vergleich post rem iudicatam nichtig sein, doch besteht wiederum Streit über den Grund der Nichtigkeit; bei den einen fehlt es an der Ungewissheit, wenn eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt,[6]) bei andern sei die Erhaltung des Ansehens der Behörden gefährdet;[7]) eine ganz neue Auffassung, die auch noch nach B. G. B. viel für sich hat, hat Bülow vertreten; er unterscheidet Vergleiche über den durch Urteil festgestellten Anspruch und Vergleiche über die durch das Urteil neu entstandene actio judicati; ihm hat sich auch Oertmann angeschlossen.[8]) Auch A. L. R.[9]) und cod. civ[10]) haben einen Vergleich ausdrücklich für nichtig resp. anfechtbar erklärt, wenn

---

[1]) Motive, S. 651.

[2]) Pand. 2. Aufl. Bd. I, S. 385.

[3]) Pand. II, S. 261.

[4]) Dr. Aug. Sturm, die Lehre vom Vergleich nach gem. u. preuss. Recht unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs (1889).

[5]) Abweichend Endemann, § 193.

[6]) insb. Risch, S. 76, Heimbach, Pand. S. 227, Arndts Pand. § 269.

[7]) insb. Thibaut im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 8, S. 301.

[8]) S. 219.

[9]) § 408, 410.

[10]) 2056.

z. Z. des Vergleichs schon ein rechtskräftiges Urteil über den Streitgegenstand vorlag. Nach den Motiven zum B. G. B. aber besteht kein Grund zu derartigen Bestimmungen.[1])

Wenn also die Voraussetzungen des § 777, 1 B. G. B. gegeben sind, ist auch über ein rechtskräftiges Urteil ein Vergleich zulässig und es ist auch sehr wohl möglich, dass trotz des Urteils noch eine Ungewissheit bei den Parteien besteht, sei es über einzelne Teile des Urteils, sei es über die Realisierbarkeit.[2])

Nach den allgemeinen Grundsätzen ist der Fall zu behandeln, dass die Parteien in Unkenntnis eines rechtskräftigen Urteils oder einer vorhandenen Urkunde einen Vergleich abgeschlossen haben. (Nach code civ. a. 2056 war die gemeinrechtliche Regel nur auf diesen Fall beschränkt.) Wenn also der Gegenstand des Vergleichs zwar durch rechtskräftiges Urteil entschieden, aber den Parteien das Urteil nicht bekannt ist, ist ein Vergleich gültig, weil, wie oben ausgeführt, nur subjektive Ungewissheit vorhanden zu sein braucht.

Anders liegt der Fall, wenn es den Intensionen der Parteien entsprach, über ein noch unentschiedenes Rechtsverhältnis einen Vergleich zu schliessen, wenn also das Nichtvorhandensein eines Urteils oder einer Urkunde gewissermassen Voraussetzung des Vergleichs ist; dann ist der Vergleich nach 779 B. G. B. unwirksam, wenn ein rechtskräftiges Urteil oder eine Urkunde schon das betr. Verhältnis geregelt haben. Eine zutreffende Erklärung geben hiezu die Protokolle.[3]) Die Parteien hätten das Rechtsverhältnis, welches sie durch den Vergleich ordnen wollten, nicht deshalb als ungewiss angesehen, weil Behelfe, aus denen die wahre Rechtslage sich ergebe, nicht vorhanden seien, sondern deswegen, weil solche Behelfe ihnen nicht zu Gebote gestanden hätten. Die Frage, ob ein in Unkenntnis der bereits ergangenen rechtskräftigen Entscheidung geschlossener Vergleich als unwirksam angefochten werden könne, sei zu verneinen. Das durch den Vergleich geordnete Rechtsverhältnis sei für die Parteien trotz des rechtskräftigen Urteils ungewiss oder bestritten gewesen.

---

[1]) Oertmann (S. 287) will den Vergleich über die Rechtskraft ausdrücklich für unzulässig erklärt wissen.

[2]) Übereinstimmend Plank, Anm. 2d zu § 779, Cosack, § 160, 4, abweich. Endemann, § 193, Anm. 4.

[3]) S. 2626.

### 3. Gegenseitiges Nachgeben.

Im 1. Entwurf ist der Vergleich definiert als gegenseitiger Vertrag, durch welchen ein unter den Vertragsschliessenden streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis ausser Streit oder Ungewissheit gesetzt wird. In den Motiven[1]) wird hiezu hervorgehoben, dass mit dieser Definition zugleich genügend klargestellt werde, dass ein gegenseitiges Nachgeben zum Vergleiche erforderlich sei. Jede andere Fassung oder ein erläuternder Zusatz ergebe eine Inkorrektheit oder führe zu sprachlichen Bedenken. Trotz dieser Bedenken würde aber in den Gesetzestext „im Wege gegenseitigen Nachgebens" aufgenommen. Mit der Definition des 1. Entwurfes stimmte insbesondere Sturm[2]) überein; auch nach seiner Meinung ist mit dem Ausdruck „gegenseitiger Vertrag" genügend klargestellt, dass ein gegenseitiges Nachgeben erforderlich sei; ebenso erscheint Oertmann[3]) die Aufnahme des gegenseitigen Nachgebens aus logischen Gründen bedenklich. In der bisherigen Literatur wird durchgängig Gegenseitigkeit verlangt; über das „Gegenseitige Nachgeben" herrschen die verschiedenartigsten Vorstellungen. Einzelne Schriftsteller fordern gegenseitiges Zugeständnis, insbesondere Windscheid[4]) und Dernburg,[5]) Risch[6]) und Oertmann[7]) verlangen lediglich einen entgeltlichen Vertrag; inwieweit sich dies mit dem Begriff „gegenseitiges Nachgeben" deckt, werden wir später zu untersuchen haben. A. L. R. und Cod. civ. bezeichnen als das Eigentümliche des Vergleichvertrags „das gegenseitige Geben oder Nachlassen". Was bedeutet nun aber „Gegenseitiges Nachgeben" in § 779 B. G. B.? Kurz gesagt:

Dasselbe wie „ein Opfer bringen", d. h. jeder Kontrahent muss dem andern ein Opfer bringen. Ob für diese Bedeutung nicht die Definition Dernburgs oder Windscheids geeigneter gewesen wäre, wollen wir dahin gestellt sein lassen. Wollte man

---

[1]) S. 651.

[2]) S. 89.

[3]) S. 285.

[4]) § 171: Der Vergleich ist die vertragsmässige Umwandlung eines ungewissen Rechtsverhältnisses in ein gewisses durch gegenseitige Zugeständnisse.

[5]) Pand. II, § 109.

[6]) S. 10.

[7]) S. 17.

den Begriff „gegenseitiges Nachgeben“ einengen, könnte man einen Vergleich nur dann annehmen, wenn sich das gegenseitige Nachgeben auf die ursprüngliche Forderung bezieht, wenn man also „nachgeben“ gleichbedeutend sein lässt mit „nachlassen“. Und diese Erklärung findet sich thatsächlich bei vielen gemeinrechtlichen Schriftstellern[1]) als auch in Lehrbüchern und Kommentaren des B. G. B.[2]). Beschränkt man aber in dieser Weise den Begriff des gegenseitigen Nachgebens, so beschränkt man damit den Begriff des Vergleichs überhaupt und muss dazu kommen, Vergleiche für unzulässig zu erklären, die täglich vor Gericht gültig geschlossen werden, z. B., wenn für das Aufgeben eines Rechts eine Geldsumme bezahlt wird oder wenn der streitige (ungewisse) Anspruch von einer Seite anerkannt wird, gegen Empfang irgend einer Abfindungsleistung. Es muss vielmehr bei dem Ausdruck „Gegenseitiges Nachgeben“, wie die Protokolle[3]) treffend bemerken, daran festgehalten werden, dass es sich dabei um einen Ausdruck des täglichen Lebens handle, der nicht in eng juristischem Sinne, sondern in dem Sinne auszulegen sei, den der Sprachgebrauch mit ihm verbinde.

Ein vorzügliches Beispiel gibt hier eine Entscheidung des bayer. Obersten Landesgerichts[4]): Es hatte jemand ein Fahrtrecht beansprucht, dessen Existenz der Gegner bestritt. Es kam zum Vergleiche, nach welchem dem einen Kontrahenten das ganze Grundstück gegen eine angemessene Abfindung übereignet wurde; das Oberste Landesgericht erklärte den Vergleich für vollkommen gültig; dass man noch über den streitigen Anspruch hinausging, vermag nichts zu hindern[5]). Ein solcher Vergleich würde nie und nimmer zulässig sein, wollte man nicht das „gegenseitige Nachgeben“, so, wie wir es gethan,

---

[1]) Arndts Pand. § 269: Vergleich ist ein Vertrag, welcher eine Ungewissheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseitig von dem wirklichen oder vermeintlichen Recht etwas nachgegeben wird. cf. auch Böching, Pand. § 106.

[2]) Neumann, Handausgabe des B. G. B. zu 779, I b, γ: Beiderseitiges Nachgeben liegt vor, wenn keine der Parteien das von ihr als Recht Beanspruchte voll erhält.

[3]) S. 2623.

[4]) Seuffert Bd. 35, S. 119.

[5]) Auch das R. O. H. G. Bd. I, 225 spricht ausdrücklich aus, dass der Begriff des Vergleichs nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass ausser dem wechselseitigen Aufgeben von Rechten die Kontrahenten neue und positive Verpflichtungen irgend welcher Art eingehen.

ausdehnen[1]). Das entspricht ja auch dem ganzen Zweck des Vergleichs. Der Vergleich soll lediglich einen Streit oder eine Ungewissheit beseitigen, nicht das streitige oder ungewisse Objekt, er soll eine Rechtslage schaffen, mit der beide Parteien zufrieden sind, ohne richterliche Hilfe in Anspruch nehmen zu müssen; deshalb ist es ganz gleichgültig, welche Forderungen der Vergleich an Stelle der behaupteten setzt. Notwendig ist nur ein Zugeständnis auf beiden Seiten, „ein gegenseitiges Nachgeben". Damit ist der Vergleich unter die gegenseitigen Verträge eingereiht. Gegenseitige Verträge sind Verträge, durch welche sich jeder der Vertragsschliessenden eine Leistung versprechen lässt und als Entgelt eine Leistung verspricht[2]). Es müssen also zwei Leistungen vorhanden sein, es darf nicht blos eine Partei allein leisten. Dadurch unterscheidet sich der Vergleich insbesondere von Anerkenntnis und Verzicht, welche in enger Beziehung zu dem Vergleich deshalb stehen, weil auch sie zum Teil den Zweck haben, widersprechende Behauptungen der Parteien und Ungewissheiten zu beseitigen. Auch kann, wenn nur auf einer Seite ein Zugeständnis gemacht wird, eine Schenkung vorliegen.

Als gegenseitiger Vertrag unterliegt der Vergleich auch den speziellen Vorschriften des B. G. B. über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff), insbesondere kann jede Partei die Vollziehung des Vergleichs verweigern, bis die Gegenleistung erfolgt ist; hinsichtlich des Rücktrittsrechts bei Unmöglichwerden einer Leistung und Verzug kommen die §§ 325—26 zur Anwendung. Da der Vergleich ferner auch ein entgeltlicher Vertrag ist,[3]) kommen auch die §§ 445 und 493 in betracht, nämlich, wenn durch Vergleich ein Recht übertragen oder die Verpflichtung zur Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes begründet ist, so finden hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel die für den Kauf geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

---

[1]) Mit unserer Auffassung insbesondere Enneccerus und Lehmann, das bürgerliche Recht. Bd. I S. 704: „Unter Nachgeben ist jedes gegenseitige Zugeständnis irgend welcher Art zu verstehen"; Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch I, S. 501: Ein gegenseitiges Nachgeben liegt auch in der Annahme bezw. Uebernahme einer andern als der an sich geschuldeten Leistung.

[2]) Enneccerus und Lehmann I, S. 468.

[3]) cf. S. 21.

Umfang und Inhalt der beiderseitigen Zugeständnisse ist gleichgültig. Was den Umfang anlangt, kann die eine Leistung zur Gegenleistung in gar keinem Verhältnis stehen. Vorausgesetzt ist immer, dass nicht gegen die allgemeine Vorschriften verstossen wird; so muss das Opfer auf beiden Seiten ernstlich gemeint sein.

Der Inhalt der beiderseitigen Opfer kann ein sehr verschiedenartiger sein. Der häufigste Fall ist wohl der, dass das gegenseitige Nachgeben sich auf das streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis selbst bezieht, indem beide Kontrahenten von ihrem Anspruch etwas zurückgehen. Dieser Fall schwebt vielen Schriftstellern vor bei der Definition des Vergleichs, die dann, wie oben ausgeführt, zu eng wird. Leistung und Gegenleistung braucht sich aber durchaus nicht auf dasselbe Rechtsverhältnis zu beziehen. Welchen Inhalt die letztere haben kann, versucht l. 38 C. II, 4 zu geben: Transactio nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit; darnach kann das Opfer bestehen in einem

1) dare = Verschaffung des Eigentums
2) retinere = Erlass einer Verbindlichkeit gegen Abfindung,[1])
3) promittere = Abgabe eines obligatorischen Versprechens.

Es kann nicht nur eine Leistung, sondern auch ein Unterlassen versprochen werden; wenn wir oben von Leistung sprachen, ist dies mit einzubegreifen; es kann ferner auch die Leistung von Diensten versprochen werden, z. B. S. schuldet N. eine Geldsumme, die N. auf $33^1/_3$ % ermässigt, dagegen verpflichtet sich S., diesen Rest in festgesetzten Raten zu bezahlen und zur Sicherung die Bürgschaft eines Dritten zu beschaffen.[2])

Auch fallen nach unserer Definition unter den Vergleich diejenigen Fälle, in denen ein Gläubiger dem Schuldner Stundung oder Ratenzahlung bewilligt, um dafür sichere Zahlung zu erhalten. Die Konzession auf Seite des Schuldners liegt dabei darin, dass er ausdrücklich oder stillschweigend auf Einreden verzichtet, insbesondere die Forderung des Gläubigers anerkennt.

Die Zugeständnisse müssen erzwingbar sein[3]), denn sonst würde der ganze Zweck des Vergleichs illusorisch werden; es würde die Ungewissheit oder der Streit nicht beseitigt werden;

[1]) Die Bedeutung des retinere ist sehr bestritten; obige Erklärung im Anschluss an Bülow und Oertmann.

[2]) R. O. H. G. I, 226.

[3]) Dagegen Oertmann, S. 126.

denn angenommen, der eine Kontrahent erfüllt die ihm nach dem Vergleichsvertrag zukommende Verpflichtung, die aber unerzwingbar ist, nicht, so wird die Rechtslage, da der Vergleich nicht klagbar ist, ebenso ungewiss oder bestritten sein wie zuvor.

Hervorzuheben ist noch eine Auffassung Elvers[1]) über den Inhalt des Vergleichs. Darnach kann ein solcher zu stande kommen, indem der eine Teil dem anderen etwas als Schenkung überlässt, wogegen dieser auf den erhobenen Anspruch verzichtet. Es wird wohl keinem Bedenken unterliegen, dass ein derartiger Vergleich gültig ist, es ist nichts anderes als der Fall, da jemand gegen Abfindung auf seinen Anspruch verzichtet. Nur darf man nicht die Vorschriften über Schenkung anwenden wollen, da ja, wie auf den ersten Blick ersichtlich, eine Schenkung nicht vorliegt, indem es an den Erfordernissen des § 516, insbesondere den Erfordernissen der Unentgeltlichkeit fehlt.

Wenn wir also den Begriff des gegenseitigen Nachgebens soweit ausdehnen, deckt sich die Definition des § 779 mehr oder weniger mit den Definitionen des gemeinen Rechts, sei es, dass sie gegenseitige Zugeständnisse oder Konzessionen u. dergl. verlangen, alles dies läuft mehr oder minder darauf hinaus, dass jede Partei ein Opfer bringen muss. Wenn man den Vergleich lediglich als entgeltlichen Vertrag definiert, fragt es sich, was man unter Entgelt versteht.[2])

Im Sinne des herrschenden Sprachgebrauchs ist ein entgeltliches Rechtsgeschäft dasjenige, welches für den Abschliessenden eine Aufopferung enthält.[3]) Damit ist der Vergleich auch ein entgeltlicher Vertrag. Cosack[4]) dagegen behauptet, dass dies nicht immer der Fall sein müsse, indem er annimmt, dass bei entgeltlichen Zuwendungen der Empfänger dem Geber eine Gegenleistung gewähren muss, welche von den Parteien als der Zuwendung gleichwertig behandelt wird, beim Vergleich könne aber die Nachgiebigkeit auf beiden Seiten sehr ungleich

---

[1]) Themis I, S. 100.

[2]) cf. Risch, S. 10: Der Vergleich ist ein entgeltlicher Vertrag, welcher die Beseitigung einer Ungewissheit von Rechtsansprüchen unter den Vertragsschliessenden zum unmittelbaren Inhalt hat. Oertmann, S. 17: Vergleich ist der entgeltliche Vertrag zur Beseitigung etc.

[3]) cf. Windscheid, Band II, S. 178.

[4]) Bürgerl. Recht, S. 587.

sein. Damit ist Cosack von seiner früheren Ansicht abgewichen,[1]) dass Vergleiche entgeltlicher Art sind.

Auch der Zwangsvergleich setzt regelmässig die Begriffsmerkmale des Vergleichs nach 779 B. G. B. voraus. Darum soll an dieser Stelle kurz über den Zwangsvergleich gesprochen werden.

Normaler Weise enthält der Zwangsvergleich sowohl die Beseitigung einer Ungewissheit als auch ein gegenseitiges Nachgeben; denn durch die Aufnahme des § 779, Abs. 2, dadurch, dass der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis die Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs gleichgestellt ist, ist gerade der Fall des Zwangsvergleichs getroffen.

Gegenseitiges Nachgeben muss aber im weitesten Sinn verstanden werden; es kann gegeben sein, wenn der Gläubiger blosse Stundung gewährt, um dafür eine grössere Sicherheit zu erlangen. Auf Seite des Schuldners kann das Nachgeben in dem Versprechen irgend welcher Garantien erblickt werden.

Dagegen stellt Paul[2]) wie auch beim Prozessvergleich einen vom materiellrechtlichen Vergleich verschiedenen Begriff des Zwangsvergleichs auf. Der Zwangsvergleich sei ein Vertrag, der auf den Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern zu stande komme. Es fehle an dem Zweck, bestrittene Ansprüche zu unbestrittenen zu machen, die blosse ökonomische Ungewissheit eines Anspruchs für die Parteien gebe keinen ausreichenden Vergleichsgrund und es fehle an dem gegenseitigen Nachgeben.

Paul anerkennt dagegen, dass Abs. 2 zu § 779 lediglich zugefügt sei, um den prozessualen Stundungsvergleich und den ihm nahe verwandten konkursrechtlichen Zwangsvergleich unter den civilrechtlichen Begriff zu bringen. Das Unzutreffende der Ansicht, dass dieser Zweck nicht erreicht worden sei, wird später ausgeführt werden.[3])

Auch nach Petersen und Kleinfeller[4]) ist der Zwangsvergleich kein Vergleich im Sinne des § 779 B. G. B.; es sei ein Vertrag über die Befriedigung der Gläubiger durch den Schuld-

---

[1]) Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses. 1884. S. 149, 8.

[2]) S. 66 f. Der Vergleich im Civilprozess. Leipzig 1898.

[3]) In obigem Sinn auch Plank, Vorbem. I zu 779 B. G. B. Oertmann, Vorbem. 3 zu 779. Dernburg, Bürgerl. Recht II, § 203, VI.

[4]) Vorbem. vor § 160, Nr. 2.

ner gegen Freigabe seines in der Masse befindlichen Vermögens. Der Zwangsvergleich habe weder den Zweck, eine Ungewissheit über die Ansprüche der Gläubiger zu beseitigen, auch brauchten keine gegenseitigen Zugeständnisse zu erfolgen, ebenso wenig wie beim Prozessgericht. Dagegen verweisen wir auf die Ausführungen beim Prozessvergleich, die auch auf den Zwangsvergleich Anwendung finden.

Die Auffassung Bekkers[1]) endlich, der Zwangsvergleich sei eine Abart der Schenkung, scheitert schon daran, dass selbst, wenn die Gläubiger einen Teil der Schuld erlassen, keine unentgeltliche Verfügung vorliegt, weil sie in den Vorteilen, welche der Zwangsvergleich mit sich bringt, ein Entgelt erhalten.[2]) Noch viel weiter geht die sogen. „Urteilstheorie", welche Schultze[3]) zu ihrem Begründer hat. Darnach ist der sogen. Zwangsvergleich überhaupt kein Vertrag, mithin auch kein Vergleich, sondern ein richterliches Urteil; die Willensäusserung der dem Vergleichsvorschlag des Schuldners zustimmenden Gläubigermehrheit sei nicht Vertragswille, sondern lediglich Erkenntnisquelle für den Konkursrichter, Material für die ihm nach § 170 K. O. (184 neue Fass.) obliegende causae cognitio; das richterliche Urteil, welches auf teilweisen Erlass erkenne, sei deshalb keine Bestätigung eines Vergleichs, welcher gar nicht vorliege, sondern er schaffe richterliches Recht; nicht die Mehrheit der Gläubiger nötige die Minderheit zum Abschluss, sondern die Staatsgewalt erkenne kraft Rechtens über die Modalitäten des Anspruchs der sämtlichen Gläubiger.

Durch diese Gründe veranlasst, kommen nun auch Löhr[4]) und Oetker[5]) zu einer von der Vertragstheorie abweichenden Ansicht. Ersterer definiert den Zwangsvergleich als einen Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, welche dem Vergleichsvorschlage zustimmen und zugleich einen Thatbestand mit gesetzlichen Folgen für die übrigen nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner. Er zerlegt also die Wirkungen des Zwangsvergleichs in vertragsmässige für einen Teil der Gläubiger und

[1]) Pand. II, § 104, II.

[2]) ebenso Seuffert in der krit. Vierteljahresschr. Bd. 33, S. 613. Oetker, konkursrechtl. Grundbegriffe I. S. 223, Anm. 1.

[3]) Schultze, das deutsche Konkursrecht, S. 114 ff. Wilmowski, Vorbem. Eccius, preuss. Privat-R. I, § 126.

[4]) Über die rechtl. Natur des Zwangsvergl., S. 53.

[5]) S. 223.

in gesetzliche für einen andern Teil der Gläubiger. Oetker dagegen erklärt den Zwangsvergleich für einen einheitlichen Rechtsakt; alle Gläubiger werden durch das Gesetz selbst an den Zwangsvergleich gebunden. Der Thatbestand setze sich zusammen aus dem Vorschlag des Gemeinschuldners, dem zustimmenden Beschluss der Gläubigerversammlung und dem Bestätigungsdekret des Konkursgerichts.

Dem gegenüber ist an der Vertragstheorie festzuhalten, welche auch weitaus die herrschende Lehre ist.[1]) Sie entspricht zunächst der Terminologie des Gesetzes, welches diese besondere Art der Konkurserledigung als Vergleich bezeichnet. Und wenn das Gesetz von einer „Bestätigung“ in § 184, in § 182 von der „Annahme“ des Vergleichs, in § 173 von dem „Abschluss“ zwischen dem Gemeinschuldner und nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern spricht, verwendet es damit lauter Ausdrücke, welche unwiderlegbar auf ein Vertragsverhältnis schliessen lassen. Die Notwendigkeit der gerichtlichen Bestätigung hebt die Vertragsnatur noch nicht auf; sie erklärt sich daraus, dass die Gesetzgebung den Abschluss des Vergleichs fördern will und auch hier, wie beim gerichtlichen Vergleich, Massregeln bestimmt gegen eine Überrumpelung der schwächeren Partei, welche hier deshalb noch nötiger sind, weil schon die Beschlüsse der Majorität massgebend sind. Auch die Motive betonen,[2]) dass die Gesetzgebung dafür Sorge zu treffen hat, dass der Vergleich auf sicherer Grundlage, mit einem die Interessen aller gleichmässig beachtenden Inhalt offen und lauter abgeschlossen werde; dazu darf der Vergleich erst durch die gerichtliche Prüfung und Bestätigung Wirksamkeit erlangen. Diese Prüfung erstreckt sich aber lediglich darauf, ob die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind; das Wesen des Zwangsvergleichs bildet der Wille der Parteien, der ohne die gerichtliche Bestätigung nur nicht die von den Parteien gewollte Wirkung hervorzubringen vermag. Diese Bestätigung ist vielmehr wie der gerichtliche Abschluss des Prozessvergleichs lediglich ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der in prozessuale Formen gekleidet ist. So bezeichnet auch das Reichsgericht[3]) das Gericht, vor welchem der Vergleich abgeschlossen wird, als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

[1]) Literatur cf. bei Jaeger, Komm. z. K. O., S. 600, Anm. 8.
[2]) S. 399.
[3]) Bd. 21, S. 348.

Auch der Einwand, dass die eine Vertragspartei lediglich die Mehrheit der Gläubiger sei, vermag der Vertragsnatur des Zwangsvergleichs keinen Eintrag zu thun. Von der Mehrzahl der Autoren wird dies nach den Motiven[1]) erklärt aus dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger, welches im Zweifel durch den übereinstimmenden Willen der Mehrheit richtig zum Ausdruck kommt; der Konkursanspruch aller Gläubiger bringe sie in eine rechtliche Gemeinschaft und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen fänden selbst im formalen Recht ihre Geltung.[2]) Andere sprechen von einer Zwangsvertretung der Minderheit durch die Mehrheit, weil es bedenklich erscheine, das Nebeneinanderbestehen von zwei organisierten Gläubigerschaften — einer Gesamtgläubigerschaft und einer den Zwangsvergleich abschliessenden Vereinigung aller nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger — anzunehmen.[3])

## III. Form und Beschränkungen des Vergleichs.

Nach B. G. B. ist der Vergleich an keine Form gebunden[4]). Soweit es sich aber um Verbindlichkeiten handelt, die einer Form bedürfen, muss diese auch beim Vergleich in Anwendung kommen. Eine Ausnahme gilt für die Erteilung eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses in dem Wege des Vergleichs, hiebei ist die sonst für daz Schuldversprechen (Anerkenntnis) vorgeschriebene schriftliche Form nicht erforderlich. (B. G. B. § 782) Der Grund für die schriftliche Form beim Schuldversprechen ist wohl darin zu suchen, dass durch die Loslösung des Schuldverhältnisses von seinem Verpflichtungsgrund leicht Zweifel entstehen können, die eher behoben werden, wenn man ein greifbares Moment hat, aus dem der Verpflichtungswille des Schuldners entnommen werden kann. Wenn jedoch das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis in dem Wege des Vergleichs erteilt wird, erhellt der Verpflichtungswille sofort aus der Erklärung, der Zweck des Schuldversprechens oder des Schuldanerkenntnisses ist der Vergleich, und dieser lässt mit

---

[1]) S. 392.

[2]) v. Sarwey-Bossert, S. 769. Wach, S. 77 (Der Zwangsvergleich). Seuffert, 400 (Deutsches Konkursprozessrecht).

[3]) Jaeger, S. 601. Fitting, § 45, Note 6. (Reichskonkursrecht und Konkursverf. 1883.)

[4]) ebenso A. L. R. § 407, Cod. Civ. 2044,2 verlangte schriftliche Form.

Sicherheit erkennen, dass eine bindende Feststellung gewollt sei. Ausserdem hat das B. G. B. noch eine spezielle Beschränkung in § 1822, Nr. 12 erlassen, im Anschluss an die preussische Vormundschafts-Ordnung § 48, No. 8. Hienach bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Vergleich, wenn der Gegenstand des Streites sich nicht in Geld abschätzen lässt oder wenn er, falls er abschätzbar ist, den Wert von 300 Mark übersteigt. Von selbst versteht es sich, dass die Genehmigung des Vormundschaftgerichts zu einem Vergleich nötig ist, der sich als Verfügung eines unter § 1821 und 1822, 1 und 2 fallenden Gegenstands darstellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand den Wert von 300 Mark übersteigt oder nicht.

Einer Beschränkung unterlagen im bisherigen Recht Alimente, indem nach gemeinem Recht gerichtliche Bestätigung nötig war, wenn man sich über Alimente, welche von Todeswegen hinterlassen waren, gegen eine Abfindungssumme vergleichen wollte.[1]) Das A. L. R. hatte in § 413 und 414 dieselben Bestimmungen, welche jedoch durch Gesetz vom 11. Juli 1845 aufgehoben wurden. Das B. G. B. hat nun die Beschränkung auch für das gemeine Recht aufgehoben; jetzt greifen für einen Vergleich über den Unterhaltsanspruch Platz die §§ 1614 (hinsichtlich der Verwandten[2]), 1360, 3 (hinsichtlich der Eheleute), 1714 (hinsichtlich der unehelichen Kinder).

Damit kann auf den Unterhaltsanspruch für die Zukunft nicht verzichtet werden, folglich ist auch ein Vergleich, der einen solchen Verzicht enthält, nichtig, während entgeltliche Vereinbarungen, also insbesondere ein Vergleich zwischen Vater und unehelichem Kind über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine statt des Unterhalts zu gewährende Abfindung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen. Eine Ausnahme lässt § 1712, 2 zu: Der Erbe des Vaters ist berechtigt, das uneheliche Kind mit dem Betrag abzufinden, der dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre; also ist auch ein Vergleich, der eine solche Abfindung enthält, ohne Weiteres gültig.

---

[1]) C. 8. D. pr. II, 15; C. 8. C. II, 4.

[2]) § 1614 B. G. B. findet auch Anwendung auf Vergleiche, die vor 1900 geschlossen sind hinsichtlich derjenigen Unterhaltsansprüche, die nach 1900 fällig werden; die Berufung auf einen vor 1900 erfolgten Verzicht ist unstatthaft. cf. R. G. Bd. 50, S. 96.

Sonstige Beschränkungen hat das B. G. B. nicht aufgenommen. Im gemeinen Recht[1]) und A. L. R. waren noch die Vergleiche über Erbschaften aus letztwilligen Verfügungen vor der Eröffnung derselben beschränkt. Diese Beschränkung ist beseitigt, weil es nicht gerechtfertigt erscheint, den erbschaftlichen Vergleich vor Eröffnung des letzten Willens des Erblassers zu untersagen und damit die Privatautonomie ohne einen wesentlichen Gewinn durch eine positive Satzung zu beschränken.[3])

Dagegen enthält das H. G. B. eine Einschränkung für Vergleiche in § 205 und 270. § 205 beschränkt die Möglichkeit von Vergleichen seitens der wegen Gründungsfehler bei der Aktiengesellschaft verantwortlichen Personen (Gründer, Empfänger verheimlichten Gründungsaufwands etc.).

Vergleiche nämlich, welche die Ansprüche betreffen, die einer Aktiengesellschaft aus der Gründung gegen diese Personen zustehen, sind erst nach Ablauf von 5 Jahren seit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Generalversammlung zulässig. Vergleiche ohne diese Voraussetzungen sind unzulässig, d. h. nichtig nach § 134 B. G. B. Die zeitliche Beschränkung für die Gültigkeit solcher Vergleiche findet nicht statt bei Vergleichen zur Anwendung oder Beseitigung des Konkurses, d. h. Zwangsvergleichen und aussergerichtlichen Vergleichen, geschlossen von einem Schuldner, bei dem die Voraussetzungen der Konkurseröffnung eingetreten sind. Notwendig ist aber auch hier die Zustimmung der Generalversammlung. Die Beschränkung richtet sich gegen den sogenannten Gründungschwindel, indem verhindert wird, dass sich die Gründer gleich nach der Gründung Decharge erteilen lassen; deshalb soll erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit ein Vergleich möglich sein und auch dann nur mit Genehmigung der Generalversammlung[4]). Die Beschränkung greift aber nur Platz bei Ansprüchen aus § 202 bis 204 H. G. B., also hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben bezw. Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals, dann hinsichtlich der Vergleiche, welche betreffen Ansprüche aus böslicher Schädigung der Gründer oder

[1]) C. 6. D., II, 15.
[2]) § 442 und 43.
[3]) Mot. S. 653.
[4]) cf. Staub zu § 205.

Gründergenossen durch Sacheinlagen und Uebernahmen, sowie Vergleiche, welche geschlossen werden über Ansprüche aus der Gesellschaft für Ausfälle durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs. § 270 enthält erschwerende Erfordernisse (hinsichtlich der Stimmenverhältnisse) für einen Vergleich mit regresspflichtigen Personen.

## IV. Wirkung des Vergleichs.

Die Wirkung des Vergleichs entspricht seinem Zweck; er soll den Streit oder die Ungewissheit der Parteien beseitigen. Beseitigen enthält die Begriffe 1) einen schwebenden Streit beenden, 2) einem drohenden Streit vorbeugen, 3) eine Ungewissheit heben. Nach dem Entwurf sollte ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis ausser Streit oder Ungewissheit gesetzt werden. Durch die Fassung des Gesetzes wird auch der Fall getroffen, dass an die Stelle des streitigen Rechtsverhältnisses ein anderes ungewisses gesetzt wird, z. B. dass bei einem streitigen Schuldverhältnis der Schuldner eine andere Verbindlichkeit unter aufschiebender Bedingung übernimmt.

Die Beseitigung des Streits oder der Ungewissheit soll erfolgen durch ein Opfer, das jede Partei bringt. Das Opfer kann aber sehr verschiedener Art sein, infolgedessen kann auch der Streit oder die Ungewissheit auf die verschiedenste Weise beseitigt werden. Kommt es ja lediglich darauf an, dass die Parteien mit der von ihnen geschaffenen Rechtslage zufrieden sind und ein Prozess vermieden wird. Immerhin kann man zwei Hauptarten der Wirkung herausgreifen und unterscheiden: eine negative und positive Wirkung des Vergleichs[1]). Die negative Wirkung ist dann gegeben, wenn der Vergleich, sei es partiellen, sei es allgemeinen Erlass oder Verzicht enthält, die positive, wenn das unbestimmte oder bestrittene Recht in die Sphäre der Bestimmtheit erhoben wird. Nicht notwendig ist, dass das streitige (ungewisse) Rechtsverhältnis beseitigt wird; es soll lediglich der Streit oder die Ungewissheit beseitigt werden. Doch ist damit nicht ausgeschlossen, dass an Stelle des alten Rechtsverhältnisses ein ganz neues treten kann.

Damit haben wir die alte, viel erörterte Frage aufgerollt, ob der Vergleich novatorisch wirkt, d. h. ob er von Grund aus neue Rechtsverhältnisse schafft und ein Zurückgreifen auf die frühere Rechts-

[1]) Oertmann S. 157.

lage ausschliesst. Wie früher besteht auch in der Literatur zum B. G. B. hierüber Streit. Nach Cosack[1]) z. B. darf man nur insoweit der Vergleich Lücken enthält, auf den früheren Bestand zurückgreifen; eine novatorische Wirkung könne nur angenommen werden, wenn er besonders vereinbart sei.

Unzweifelhaft liegt eine Novation nicht vor, wenn der Vergleich die negative Wirkung hat, d. h. wenn der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis lediglich beseitigt wird; denn hier wird überhaupt kein neues Rechtsverhältnis geschaffen. Dagegen ist es möglich, dass durch den Vergleich das alte Rechtsverhältnis beseitigt und durch ein neues ersetzt wird und von vornherein die Form der Novation hat. Das ist Auslegungsfrage.

Nehmen wir das von Cosack[2]) angeführte Beispiel: A und B verwandeln eine dem A gegen B zustehende Kaufpreisforderung von 1000 Mk. vergleichsweise in eine Darlehnsforderung von 900 Mk., so kann diese Umwandlung eine doppelte Bedeutung haben. Es kann ein Rückgreifen auf das frühere Rechtsverhältnis ausgeschlossen und zum Beweis des Empfangs der Valuta die Bezugnahme auf den neuen Vertrag erforderlich sein. Oder aber die Umwandlung hat nur formellen Charakter. Das frühere Rechtsverhältnis bildet nach wie vor die Grundlage des Anspruchs. Der Gläubiger hat das Bestehen der früheren Rechtsverhältnisse zu beweisen. Ob die Parteien der Vereinbarung die eine oder andere Bedeutung beilegen wollen, lässt sich nur aus den Umständen des konkreten Falles ermitteln. Die Regel dürfte bilden, dass ein Rückgreifen ausgeschlossen ist und damit wäre Novation gegeben.[3])

Das Reichsgericht[4]) stellt die beiden Fälle, die wir unterschieden haben, ausdrücklich gleich. Mag der Vergleich die Ersetzung des früheren Rechtsverhältnisses durch ein anderes oder mag es die Beibehaltung des alten Rechtsverhältnisses unter gewissen Abänderungen zum Inhalt haben, in beiden Fällen ist seine Rechtsbeständigkeit von dem Bestande des alten Rechtsverhältnisses abhängig, ohne das weder eine Umschaffung (Novation), noch eine Beibehaltung (Anerkennung) rechtlich denkbar ist.

---

[1]) S. 587.
[2]) S. 587.
[3]) cf. Planck, Komm. z. B. G. B. zu 607, 5 und Protok. S. 43.
[4]) Bd. 37, S. 418.

Ob insbesondere Bürgschaften oder Pfandrechte, die zur Sicherung des Anspruchs bestellt sind, durch den Vergleich erlöschen, ist aus dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien zu entnehmen und von Fall zu Fall zu entscheiden. Regelmässig werden sie erlöschen, wenn auch der ganze Hauptanspruch durch den Vergleich aufgehoben wird, da sie ja accessorische Rechtsinstitute sind.

Der Vergleich wirkt an und für sich nur für und gegen die Parteien; wenn aber in dem Vertrag die Verhältnisse gleichzeitig objektiv geregelt werden, hat der Vergleich insoweit dingliche Wirkung. So wirkt der Vergleich zwischen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger einer abgetretenen oder kraft Gesetzes übergegangenen Forderung auch gegen den neuen Gläubiger, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung oder den Übergang bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.[1])

Auch der Erbschaftsschuldner kann sich bei einem Erbschaftsverkauf gegenüber dem Erbschaftskäufer auf einen mit den Erben geschlossenen Vergleich berufen, wenn er sich bei Abschliessung desselben in Unkenntnis von dem Erbschaftsverkauf befunden hat;[2]) ebenso kann sich der Bürge auf den zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner abgeschlossenen Vergleich zu seinen Gunsten berufen.[3]) Die Befugnis des Stellvertreters zum Abschluss des Vergleichs soll beim gerichtlichen Vergleich auseinander gesetzt werden. Im übrigen wirkt der Vergleich nur unter den Parteien. Insofern hat er einige Ähnlichkeit mit dem Urteil. Es finden sich sogar Schriftsteller, welche den Vergleich als eine Art Urteil bezeichnen. So ist nach Risch[4]) der Vergleich ein Urteil in Gestalt eines entgeltlichen Vertrages. Es ist ja nicht zu verkennen, dass nicht nur der gerichtliche Vergleich, wie noch auszuführen sein wird, sondern auch der aussergerichtliche eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Urteil hat. Schon die l. 20 C. 2,4 sagt: Non minorem auctoritatem transactionum quam verum judicatarum esse placuit. Auch der Vergleich hat den Zweck, einen Streit zu beenden, wie das Urteil. Aber der Vergleich braucht ja noch nicht einmal notwendigerweise einen Streit zu beenden, er kann auch zur Beseitigung einer subjektiven Un-

[1]) § 407 u. 412 B. G. B. sowie R. G. Bd. 31, Nr. 4.
[2]) l. 17. D. 2, 15, 1967 B. G. B.
[3]) B. G. B. § 767.
[4]) S. 32.

gewissheit der Parteien dienen. Vor allem aber ist festzuhalten, dass der Vergleich Vertrag ist und dass er schon deshalb, insbesondere durch das „Nachgeben", das auf beiden Seiten verschieden sein kann, eine für die Parteien ungleiche Rechtslage schaffen kann, während das Urteil als Äusserung der Staatsgewalt jeder Partei ihr Recht gewähren will.

Im Übrigen erzeugt der Vergleich als Vertrag dieselben Wirkungen wie ein Vertrag im Allgemeinen; er bewirkt, dass die Parteien an ihre Erklärungen gebunden sind; wenn eine Partei ohne Rücksicht auf den Vergleich den früheren Anspruch einklagen wollte, würde die andere Partei die Einwendung machen können, dass ein Vergleich geschlossen sei, was sie natürlich beweisen müsste.

## V. Unwirksamkeit des Vergleichs.

Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. finden auch auf den Vergleich Anwendung. Nichtig ist ein Vergleich, der gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstösst (134, 138 B. G. B.); z. B. ein über ein Differenzgeschäft abgeschlossener Vergleich.[1]) Wesentlicher Irrtum, Täuschung, Drohung begründen auch beim Vergleich Anfechtbarkeit (119, 123, 124 B. G. B.). So ist ein Vergleich anfechtbar, der zustande gekommen ist auf eine Behauptung einer Partei, die wider besseres Wissen erfolgte, um vielleicht einen ihr vorteilhaften Vergleich zu erzielen. Oertmann[2]) dagegen lässt einen Vergleich gelten, wenn auch die gegenseitigen Behauptungen und Bestreitungen dem innern Wissen und Glauben der Parteien nicht entsprechen; doch gibt er immerhin zu, dass in der, vielleicht in der Hoffnung auf einen lukrativen Vergleich vorgenommene Behauptung oder Bestreitung von Ansprüchen möglicherweise eine calumnia oder ein dolus liegen kann, der die Anfechtung rechtfertigt.

Speziell hat das B. G. B. in § 779, 1 einen Vergleich für unwirksam erklärt, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. Hiemit hat das B. G. B. einen alten Streit der gemeinrechtlichen Literatur ent-

[1]) R. G. Bd. 37, S. 146; 23 S. 138 cf. Dagegen R. G. 2. Juli 1901 in der deutschen Juristenzeitung, S. 588, 73.

[2]) a. a. O., S. 58.

schieden. Dort stehen sich im Ganzen und Grossen 3 Gruppen gegenüber, die eine nimmt Nichtigkeit des Vergleichs an, wenn eine als unstreitig vorausgesetzte wesentliche Thatsache sich als unrichtig herausstellt,[1]) die zweite (grösste) Gruppe erklärt einen solchen Vergleich für anfechtbar,[2]) eine dritte Gruppe endlich lässt den Irrtum beim Vergleich grundsätzlich wirkungslos.[3]) Der I. Entwurf hatte sich zum Teil an Windscheid angeschlossen; der Irrtum ist für wesentlich erklärt (Irrtum = wesentliche Voraussetzung) über das Nichtvorhandensein eines positiven oder negativen Umstands, welchen der Streit oder die Ungewissheit ausgeschlossen haben würde; die irrige Voraussetzung ist aber nur dann erheblich, wenn beide Teile ausdrücklich oder stillschweigend beim Vertragsschluss von den irrigen Voraussetzungen ausgingen, oder wenn nur ein Teil sich in dieser Lage befand, der andere Teil aber dies gewusst hat. Liegt nun ein derartiger Irrtum vor, so gibt der Entwurf I nach dem Vorbild des Wandelungsrechts der Partei, welche von dem betr. Umstand nach Schliessung des Vergleichs Kenntnis erlangt hat, das Recht zu verlangen, dass der Vertrag rückgängig gemacht werde und erklärt die Vorschriften, welche für die ungerechtfertigte Bereicherung gelten, für anwendbar. Im Gegensatz hiezu beschloss die zweite Kommission, dass der Vergleich wegen Nichtbestehens eines vorauzgesetzten Umstands unwirksam sei — dies ist auch Gesetz geworden — um die Auslegungsfrage zu entscheiden, ob beim Nichtvorhandensein eines als feststehend vorausgesetzten Umstands der einen oder der andern Partei ein Rücktrittsrecht oder ein Anspruch auf Aufhebung des Vertrags zustehen soll. Eine besondere Bestimmung musste auch deshalb getroffen werden, weil der Irrtum über das Nichtbestehen eines vorausgesetzten Umstands Irrtum im Motiv und als solcher nicht einmal anfechtbar ist.

Ist nun für die Praxis die alte Streitfrage entschieden, wie der Irrtum im Motiv beim Vergleich wirkte, so ist für die Theorie immer noch der Streit übrig geblieben, aus welchem Grunde dieser Irrtum den Vergleich unwirksam mache. Und in der That kommen verschiedene Auffassungen vor. Der Kommen-

---

[1]) Glück, S. 17; Bekker, Pand. S. 261.

[2]) Windscheid, Pand. II, § 414; Baron, Pand. § 101.

[3]) Regelsberger im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 47, S. 159; Dernburg, preuss. Privatr., § 82, Nr. 13, auch Risch, Brinz u. a.

tar von Plank[1]) findet den Grund darin, dass es dem Zweck des Vergleichs und der Auffassung des Lebens am meisten entspreche, wenn man das Nichtbestehen des zu grunde gelegten Thatbestand als auflösende Bedingung behandle, indem das Bestehen des Thatbestands Bedingung für den Vertrag sei. Nach Enneccerus und Lehmann[2]) liegt der Grund der Unwirksamkeit darin, dass die Parteien ein nur in einzelnen Beziehungen als ungewiss, im übrigen aber als bestimmt vorgestelltes Rechtsverhältnis ordnen wollten, welches so wie es vorgestellt wurde, nicht besteht; es fehle also dem Vergleiche in Wahrheit das Objekt, welches die Parteien regeln wollten. Doch scheint diese Ansicht deshalb nicht richtig zu sein, weil beim Vergleich nur subjektive Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis vorhanden zu sein braucht, eine Ungewissheit der Parteien kann aber vorhanden sein, auch wenn in objekto eine solche nicht besteht. Man nehme den Fall an, dass die Parteien sich über eine ungenaue Bestimmung eines Testaments vergleichen, während das Testament in Wahrheit ungültig ist, so liegt für die Parteien im Augenblick des Vertragsschlusses ein ungewisses Objekt vor, über das sie einen Vergleich schliessen; würden die Parteien aber wissen, dass das Testament nicht besteht, würden sie den Vergleich nicht abgeschlossen haben. Vielmehr kommt der Gesetzgeber nur dem stillschweigenden Willen der Parteien entgegen, die regelmässig einen Vergleich nicht abschliessen, wenn sie wissen, dass der zu grunde gelegte Thatbestand nicht richtig ist. Die Unwirksamkeit beruht also darauf, dass der Vergleich über den Thatbestand, wie er sich später herausstellt, nicht geschlossen werden sollte und nicht geschlossen ist.

Auch ist die Vorschrift nur eine dispositive, die Parteien können andere Bestimmungen treffen für den Fall des Nichtbestehens des zu grunde gelegten Thatbestandes; nur für den Fall, dass dies nicht geschieht, ist die obige Vorschrift erlassen, weil eben der Gesetzgeber davon ausgeht, dass dann die Parteien den Vergleich überhaupt nicht geschlossen haben würden. Wenn aber der Vergleich für unwirksam erklärt werden soll, muss ein 3faches nachgewiesen werden:

1) Dass nach dem Inhalt des Vertrags der Sachverhalt, so wie er behauptet wird, wirklich dem Vergleich zu grunde gelegt ist.

[1]) Zu § 779, Anm. 1.

[2]) S. 706.

2) Dass dieser Sachverhalt der Wirklichkeit nicht enspricht.
3) Dass der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.

ad 1. Der Sachverhalt muss von beiden Parteien als feststehend vorausgesesetzt werden; doch genügt es, wie sich aus den Worten „nach dem Inhalt des Vertrags“ ergibt, wenn ein Umstand, der dem Vergleiche zu grunde liegt, nur von einer Partei als wesentlich vorausgesetzt wird und dies der andern Partei bei Schliessung des Vergleichs bekannt gewesen ist; denn in diesem Fall ist der betr. Punkt auch als Bestandteil des Vertrags anzusehen. Der I. Entwurf hatte einen diesbezüglichen Zusatz, der aber später, um Missverständnisse zu vermeiden, wieder gestrichen wurde.[1]) Dagegen wird die Gültigkeit eines Vergleichs nicht dadurch beeinträchtigt, dass ein Vertragsschliessender in Ansehung eines Umstandes geirrt hat, welcher Gegenstand des Streits oder der Ungewissheit war.

Auch dies sprach der I. Entwurf ausdrücklich aus,[2]) doch ergibt sich dies von selbst aus dem Zweck und Wesen des Vergleichs; denn an die Stelle des bisher Bestrittenen oder Ungewissen wird die neue Vereinbarung gesetzt, darauf wie es sich mit dem Bestrittenen oder Ungewissen in Wirklichkeit verhalten habe, soll es nicht mehr ankommen.

ad 2. Der Irrtum muss sich gerade auf einen Punkt beziehen, der als feststehend angenommen wurde und muss der Wirklichkeit nicht entsprechen; der Irrtum muss sich daher auf Thatsachen beziehen, die unter den Parteien weder streitig noch ungewiss waren. Auf die Art des Irrtums kommt es dagegen nicht an, er kann entschuldbar und nicht entschuldbar, Rechtsirrtum oder Irrtum über Thatsachen sein.

ad 3. Ob bei Kenntnis der Sachlage der Streit oder die Ungewissheit nicht entstanden wäre, darüber entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung (§ 286 C. P. O.).

Liegen nun die verlangten Voraussetzungen vor, ist ein Vergleich ipso jure unwirksam, er bedarf keiner Aufechtung.

---

[1]) Prot. S. 2627.

[2]) cf. A. L. R. § 418 u. 429; Windscheid, Pand. § 414.

Was „unwirksam“ ist, sagt das B. G. B. an keiner Stelle; vergleicht man aber die Vorschriften, in denen von „Unwirksamkeit gesprochen wird, so kann man unterscheiden: Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft unwirksam „wird“,[1]) und Fälle, in denen es unwirksam „ist“,[2]) zu den letzteren gehört auch die Vorschrift beim Vergleich. Im 1. Falle bedeutet die Unwirksamkeit: Zur Unwirksamkeit wird gefordert, dass der Willenserklärung ein anderer Umstand hinzutrete; im 2. Falle: Dass ein gewisser anderer Umstand nicht eintrete. So auch in § 779. Wenn der Umstand eintritt, dass der als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht etc., ist der Vergleich unwirksam, d. h. er bringt keine rechtlichen Wirkungen hervor, die bis zum Eintritt jenes Umstandes eingetretenen Wirkungen fallen weg; im praktischen Ergebnis ist also die Unwirksamkeit beim Vergleich gleichbedeutend mit Nichtigkeit.[3]) Zur Beseitigung des unwirksamen Vergleichs bedarf es daher keiner besonderen Klage, die Unwirksamkeit muss lediglich nach den oben erörterten Voraussetzungen nachgewiesen werden, und wenn dies in genügender Weise geschehen ist, wird z. B. einer Klage auf Herausgabe des auf Grund eines unwirksamen Vergleichs bereits Geleisteten wegen der Unwirksamkeit des Vergleichs stattgegeben; nicht ausgeschlossen ist natürlich die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit (256 C.P.O.), sie kann jeder geltend machen, dessen Interessen durch den Vergleich berührt werden,[4]) vorauzgesetzt, dass die Leistungsklage nicht erhoben werden kann.

---

[1]) B. G. B. §§ 177,2. 354, 1396,2, 1448,2, 2000, 2109 u. a.

[2]) 135, 388, 410, 506, 554, 701,3, 779, 883,2, 925,2, 1253, 1398, 1831 1950, 2077, 2171, 2180, 2201 u. a.

[3]) Jakobi (Zeitschr. f. d. civ. Pr., Bd. 86, S. 152) nimmt unwirksam beim Vergleich gleich anfechtbar (Anfechtbarkeit wegen wesentlichen Irrtums), indem die Bestimmung blos eine Anwendung des § 119 B. G. B. sei

[4]) R. G. 24, S. 177.

# B. Der Vergleich im Civilprozess.

Der Vergleich kann abgeschlossen werden über solche Rechtsverhältnisse, welche der Verfügung der Parteien unterstehen. Auch bereits rechtshängige Ansprüche unterstehen der Verfügung insofern, als sie auch durch Vergleich beendigt werden können. Dadurch werden aber Prozesse erheblich eingeschränkt und verkürzt. Deshalb begünstigt der Gesetzgeber den Vergleich, indem er ihm urteilsähnliche Wirkungen beilegt, insbesondere ihn zum Vollstreckungstitel macht, sofern nur noch besonderen gesetzlichen Erfordernissen genügt wird, insbesondere der Vergleich vor Gericht abgeschlossen wird. Im Unterschiede nun zu den Vergleichen, die lediglich unter den Parteien aussergerichtlich zustande kommen, heissen diese Vergleiche „gerichtliche" (Prozessvergleiche), sei es, dass es sich um Vergleiche handelt, die nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind,[1]) sei es, dass es sich um Vergleiche handelt, die vor Erhebung der Klage im Sühnetermin geschlossen werden.[2])

## I. Rechtliche Natur des Prozessvergleichs.

Die C. P. O. verwendet den Begriff „Vergleich", ohne selbst eine Definition zu geben, so dass also die Definition des B. G. B. § 779 Anwendung findet; denn die Begriffsbestimmung des B. G. B. hat terminologische Bedeutung, „das B. G. B. muss Auskunft geben, welcher Vertrag gemeint sei, auch wenn ein anderes Gesetz des Vergleichs erwähnt", so bemerken ausdrücklich die Motive zum B. G. B.[3]) So führen auch die Motive zu § 13 (jetzt 18) der Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte aus, dass für den Begriff des Vergleichs im Sinne der Gebühren-Ordnung selbstverständlich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts massgebend sind.[4]) § 779 findet auf alle Vergleiche Anwendung, wenn nur der Vergleichsabschluss nach Inkrafttreten des B. G. B. erfolgt ist. (A 170 E. Gz. B. G. B.)

---

[1]) § 794, 1 C. P. O.
[2]) § 510 C. P. O.
[3]) Mot. S. 650.
[4]) Walter, Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte, Anm. zu § 13.

Es müssen also die Voraussetzungen des § 779 B. G. B. vollständig gegeben sein, wenn ein sogen. Prozessvergleich vorliegen soll; insbesondere muss von beiden Parteien ein Opfer gebracht werden. An dieser Stelle mag noch bemerkt werden, dass die Aufopferungen auch auf rein prozessualem Gebiet liegen können, z. B. Unterlassen einer Prozess-Einrede, eines Rechtsmittels, eines Antrags auf Urteil.[1]) Sobald aber auf einer Seite kein Opfer gebracht wird, kann auch kein gerichtlicher Vergleich geschlossen werden. Mit Recht verneint das Reichsgericht[2]) das Vorliegen eines Vergleichs, wenn vor Beginn der mündlichen Verhandlung vereinbart wird, dass der Kläger die Klage zurücknehme und die Prozesskosten trage, während der Beklagte in die Zurücknahme einwilligt. Hier macht der Beklagte keine Konzession. Anders läge der Fall, wenn die Verhandlung zur Hauptsache schon begonnen hätte; denn dann bietet der Beklagte dem Kläger als Äquivalent für die Bewilligung der Erfüllungsfrist die Übernahme der Leistungspflicht und damit einen vollstreckbaren Titel.[3]) Andererseits muss auch der gerichtliche Vergleich einen Streit oder eine Ungewissheit beseitigen.

Es besteht auch kein Grund, in dem Prozessvergleich ein von dem Vergleich des B. G. B. vollständig getrenntes Rechtsinstitut zu sehen, das blos den Namen mit diesem gemein hätte. Hiezu sieht sich insbesondere Paul[4]) veranlasst, er definiert den Prozessvergleich als jede zur Beilegung des Rechtsstreits getroffene Vereinbarung der Prozessparteien, durch welche dasjenige, was der eine Teil auf Grund des den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses dem andern zu leisten hat, vertragsmässig festgestellt wird.[5]) Er entnimmt diese Definition dem weiteren Begriff, der in transactio liegen soll, das bedeute: jede vertragsmässige Auseinandersetzung der Parteien. Hiebei wird nicht gefordert, dass das den Gegenstand der Auseinandersetzung bildende Rechtsverhältnis bestritten oder ungewiss war, noch dass die Beilegung des Streits oder die Hebung

---

[1]) cf. Seuffert, Kom. z. C. P. O., 8. Aufl. II, S. 434.

[2]) Bd. 20, S. 416.

[3]) Ebenso Wolf im Arch. f. civil. Pr., Bd. 88, S. 166 u. Kretzschmar, der Vergleich im Civilprozess, S. 74.

[4]) Der Vergleich im Civilprozess. Leipzig 1898. cf. auch Kleinfeller in kritisch. Vierteljahrsschr., Bd. 41, S. 429 (1899).

[5]) S. 53.

der Ungewissheit durch wechselseitige Zugeständnisse erkauft sein müsse.

Als Zweck wird S. 53 angegeben, den Prozess zu beenden und durch selbständige vertragsmässige Regelung des Streitverhältnisses die richterliche Entscheiduug entbehrlich zu machen, aber an einer anderen Stelle[1]) bemerkt Paul, Zweck des Prozessvergleichs sei, Ersatz für die gerichtliche Entscheidung zu beschaffen, der Prozessvergleich wird als Urteilssurrogat bezeichnet. Im Ganzen bestimmen nun Paul folgende Erwägungen zur Aufstellung eines selbständigen Prozessvergleichs:

1) Vor allem sei entscheidend die Wirkung des Prozessvergleichs, Urteilssurrogat zu sein.[2])
2) Der Prozessvergleich sei Prozesshandlung, also prozessrechtlicher Natur und seine Gültigkeit lediglich nach prozessrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.
3) Es dränge das praktische Bedürfniss dazu, welches den Anerkenntniss- und Stundungsvergleich unentbehrlich mache.
4) Die Entstehung des Prozessvergleichs und der Sprachgebrauch mache den besonderen Begriff notwendig.

ad 1. Dass der Vergleich, auch der gerichtliche, nicht die Wirkungen des Urteils hat, soll bei den Wirkungen des Prozessvergleichs auseinandergesetzt werden.

ad 2. Die Frage, ob der Vergleich Prozesshandlung ist oder nicht, wird ebenfalls später zu entscheiden sein. Doch ist dies für die Notwendigkeit eines besonderen Begriffs für den Prozessvergleich gar nicht von Bedeutung; denn ist der Vergleich keine Prozesshandlung, so besteht von vornherein keine Berechtigung und ist er Prozesshandlung, so ergibt sich noch keineswegs, dass die Vorschriften des B. G. B. nicht zu Grunde gelegt werden dürfen. Findet sich doch nirgends eine Bestimmung, dass auf Prozesshandlungen lediglich die C. P. O. Anwendung findet.

ad 3. Auch dass ein praktisches Bedürfnis bestehe zur Anerkennung eines prozessualen Vergleichsbegriffs, ist zu verneinen.

Nach Paul wäre dies erforderlich, damit der Anerkenntnis- und Stundungsvergleich zulässig sei, bei denen

[1]) S. 47.

[2]) Hins. der Wirkung abw. Kleinfeller, sonst wie Paul.

es sich nicht um bestrittene oder ungewisse Rechtsverhältnisse handele. Dagegegen ist auf die füheren Ausführungen zu verweisen. Beide Arten fallen unter § 779 B. G. B., indem der Umstand, dass der Klageanspruch überhaupt im Prozessweg geltend gemacht wird, ihn an und für sich schon streitig und ungewiss macht; weiss ja keine Partei im Voraus mit Sicherheit, wie der Prozess ausgehen wird. Auch erfüllen die Stundungsvergleiche meistens das Erfordernis des § 779, Abs. 2, B. G. B., indem die Unsicherheit der Erfüllung des Anspruchs beseitigt wird. Der Einwand von Paul, dass das Gesetz gar nicht die Macht habe, den Stundungsvergleich als Vergleich zu stempeln, mag begründet sein oder nicht, jedenfalls ist die Bestimmung Gesetz und muss respektiert werden, es ist zum Mindesten kein Grund vorhanden, nach besonderen Vorschriften zu suchen. Notwendige Voraussetzung ist natürlich auch hier, dass alle weiteren Erfordernisse vorliegen, insbesondere ein gegenseitiges Nachgeben in der früher erörterten Bedeutung; ein Stundungs- oder Anerkenntnisvergleich, bei dem nur eine Partei ein Opfer bringt, ist in Wirklichkeit überhaupt kein Vergleich und auch nicht als gerichtlicher zulässig.

ad 4. Was endlich den Sprachgebrauch anlangt, ist ja richtig, dass man im Leben schon von einem Vergleich redet, wenn sich die Parteien über ein der Regelung bedürftiges Verhältnis vertragsmässig auseinandersetzen, oder ein Abkommen miteinander treffen, um eine zwischen ihnen ausgebrochene Differenz friedlich beizulegen,[1]) allein die Bedeutung eines Wortes in der vulgären Sprache ist für das Recht nicht von Bedeutung. Man identifiziert im Volk Besitz und Eigentum und welch gewaltiger Unterschied ist zwischen beiden im Recht. Auch die Entstehung des Prozessvergleiches aus der amicabilis compositio mag richtig und die Entstehungsgeschichte ein wertvoller Auslegungsbehelf sein; allein hier ergibt es sich klar, dass das Gesetz davon abweicht, und dass der Wille des Gesetzgebers ein anderer ist; denn

[1]) cf. Heyne, deutsches Wörterbuch: Vergleich ist ein Vertrag zur Hebung einer Streitigkeit.

der Gesetzgeber hätte leicht bei Revision der C. P. O. einen eigenen prozessualen Begriff des Vergleichs mit lediglich prozessualen Wirkungen statuieren können. Da dies auch jetzt nicht geschehen ist, muss man Begriff und Wirkungen des Prozessvergleichs daraus entnehmen, wo sie festgesetzt sind und das ist nur im B. G. B. § 779 geschehe. War doch für die Mehrheit der Reichtagskommission gerade der Umstand mitbestimmend dafür, dass sie überhaupt eine Definition des Vergleichs gab, dass auch andere Reichsgesetze den Vergleich erwähnen,[1]) woraus hervorgeht, dass der Begriff insbesondere für die C. P. O. gelten sollte. So kommen wir also zu dem Resultate, dass der Begriff des Prozessvergleichs aus dem B. G. B. entnommen werden muss, da kein Grund und keine Berechtigung besteht, einen selbständigen Begriff für den Prozessvergleich zu bilden.[2])

Sehr bestritten ist nun die theoretische Auffassung des Prozessvergleichs. Die extremste Ansicht ist die schon erwähnte von Paul (zum Teil auch von Kleinfeller vertreten), die lediglich die Vorschriften des Prozesses auf den Prozessvergleich anwenden und das materielle Recht dabei ganz ausschliessen will. Auf dem andern Flügel steht Eccius,[3]) der auch die Wirkungen des Prozessvergleichs ganz in das Privatrecht verweist; nach ihm wird nur das materielle Rechtsverhältnis beeinflusst, insbesondere wirkt der Prozessvergleich nicht prozessbeendigend. Die richtige Ansicht dürfte in der Mitte liegen. Der Prozessvergleich setzt sich zusammen aus materiell- und prozessrechtlichen Bestandteilen; zunächst muss er den Erfordernissen des B. G. B. § 779 vollständig genügen. Diesem materiellrechtlichen Vertrag legt nun die C. P. O. urteilsähnliche Wirkungen bei, insbesondere Zwangsvollstreckung, wenn noch gewisse formelle Erfordernisse erfüllt sind (Abschluss vor einem deutschen Gericht z. B.). Die Beendigung des Prozesses tritt dann von selbst ein, weil es an einem Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Eine solche Mischung von materiell- und prozessrecht-

[1]) Prot. z. B. G. B., S. 2623.

[2]) So auch die gemeine Meinung; cf. Seuffert, Komment z. C. P. O. zu § 702, Petersen und Anger zu § 794, Gaupp (2. Aufl.) zu § 702, Wolf a. a. O. S. 163, a. M. nur Paul und Kleinfeller.

[3]) Gruchot, Bd. 30, S. 465.

lichen Elementen findet sich auch sonst im Prozess, z. B. formelle und materielle Rechtskraft.[1])

Verschiedene andere Theorien anerkennen ebenfalls die prozessualen und materiellrechtlichen Elemente, geben aber eine andere Begründung. So fasst Trutter[2]) den Prozessvergleich auf als ein im Prozess vorkommendes Rechtsgeschäft, räumt aber nur in Bezug auf die Kosten dem Vergleich prozessuale Wirkungen ein, sofern eine andere Regelung als nach § 98 C. P. O. erfolgt.

Nach Kohler[3]) ist der Prozessvergleich auch Rechtsgeschäft, das zum Prozess nur in indirekter Beziehung steht; indem der Vergleich den Anspruch aufhebt oder rechtsgeschäftlich festsetzt, macht er das Urteil gegenstandslos oder — in seinem den Anspruch entscheidenden Teil — überflüssig. Erwähnt sei noch die Ansicht von Plank,[4]) dem sich auch Tröltzsch[5]) in der Hauptsache angeschlossen hat; darnach stellt sich der Prozessvergleich dar

1) als Verzicht des Klägers gegenüber dem Prozessgericht auf den Angriff,
2) als civilrechtlicher Vergleichsantrag,
3) event. als Verzicht des Beklagten auf die Verteidigung.

Hiegegen ist einzuwenden, dass, wenn sich der Prozessvergleich aus Verzicht und Anerkenntniss zusammensetzt, diese auch in Verbindung mit dem Vergleichsvertrag die ihnen wesentlichen Folgen hervorrufen müssten, dass nämlich der Gegner gemäss § 306 und 308 C. P. O. ein Urteil verlangen kann.

## Der Prozessvergleich insb. nach § 794, 1 C. P. O.

### 1. Voraussetzungen.

a) ein nach B. G. B. 779 gültiger Vergleich,
b) Abschluss nach Erhebung der Klage.

Durch Erhebung der Klage wird nach 263 C. P. O. die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet. Auch der Vergleich

[1]) Ähnlich Kretschmar (S. 66 f.): Der Prozessvergleich ist ein sowohl dem materiellen als auch dem Prozessrecht angehöriger Vertrag, indem die Parteien in prozessual relevanter Form ihren übereinstimmenden auf Beendigung des Verfahrens gerichteten Willen erklären.

[2]) Über prozessuale Rechtsgeschäfte, S. 431 ff.

[3]) Der Prozess als Rechtsverhältnis, S. 61.

[4]) Lehrbuch der Civilproz., I, S. 305 ff.

[5]) Der Prozessvergleich.

muss, um vollstreckbarer Titel zu sein, nach Erhebung der Klage geschlossen sein. Doch ist damit keineswegs gesagt, dass der Prozessvergleich nur über rechtshängige Ansprüche zulässig wäre; denn die Rechtshängigkeit oder richtiger die Wirkungen derselben treten nur bei ordnungsmässiger Klageerhebung ein. Beim Prozessvergleich aber kommt es lediglich auf die Thatsache der Klageerhebung an, lediglich auf die erfolgte Zustellung eines Schriftsatzes nach 253 C. P. O. Es ist belanglos, wenn die Klagesschrift an Mängeln leidet, die verbieten würden, ein Sachurteil zu erlassen.

Denn die Mängel der Klageschrift sind heilbar und die Rechtshängigkeit tritt nicht erst mit dem Vortrag der verbesserten Klageschrift, sondern schon mit der Zustellung der, wenn auch mangelhaften Klageschrift ein[1]). Dies ergibt sich aus der einfachen Erwägung, dass die Vorschriften über den Inhalt der Klageschrift im Interesse des Beklagten erlassen sind, der auch auf die Rüge der mangelhaften Klage verzichten kann.

Ebensowenig schliesst das Vorhandensein von nicht verzichtbaren prozesshindernden Einreden einen Prozessvergleich aus. Auch der von einem unzuständigen Gericht geschlossene Vergleich ist Vollstreckungstitel, selbst wenn eine ausschliessliche Zuständigkeit gegeben wäre. Denn dem Gericht kommt beim Vergleichsabschluss in keiner Weise eine entscheidende Thätigkeit zu. Insbesondere ist auch im Sühnetermin ein Vergleich vor dem Amtsgericht zulässig, vor welchem der Gegner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, selbst wenn sachlich ein anderes Gericht ausschliesslich zuständig wäre.

Dass auch bei Unzulässigkeit des Rechtswegs ein Prozessvergleich möglich ist, folgt aus dem Zweck des Prozessvergleichs. Derselbe soll Streitigkeiten aus der Welt schaffen, in rascher und friedlicher Weise, so dass die Parteien nicht auf eine richterliche Entscheidung angewiesen sind. Gerade das Gegenteil würde erreicht, wollte man die Parteien, die vor Gericht einen Vergleich zu schliessen beabsichtigen, vor die Verwaltungsbehörde verweisen, weil der Rechtsweg unzulässig sei. Womöglich kommt es dann noch zu einem Kompetenzkonflikt-

---

[1]) ebenso Gaupp zu § 253 Nr. IV, Seuffert Comm. S. 355, R. G. 22, S. 419; abw. Struckm. Koch zu § 253 Nr. 8 Wilm-Levy 7. Aufl. zu 230 alt Nr. 2.

streit. Wolf[1]) nimmt an, das bei Unzulässigkeit des Rechtswegs ein Vergleich nur vollstreckbar sei, insoweit die Parteien über den Streitgegenstand privatrechtlich disponieren können. Allein jeder Vergleich, auch der materiellrechtliche, ist nur möglich über Ansprüche, über welche die Parteien verfügen können. Dies gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlichrechtliche Ansprüche.

Aus oben angeführtem Zweck des Prozessvergleichs folgt aber auch, dass bei Unzulässigkeit des Rechtswegs ein vor dem Gericht geschlossener Vergleich nicht nur die Wirkung der Prozessbeendigung sondern auch die der Vollstreckbarkeit hat.[2])

Klageerweiterung und Widerklage sind der Klageerhebung gleichzustellen, dagegen nicht der Widerspruch im Mahnverfahren; denn mit der Zustellung des Zahlungsbefehls treten nur die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein, nicht die Rechtshängigkeit selbst.[3])

Wenn Rechtshängigkeit auch nicht gleichbedeutend ist mit Klageerhebung, ist der Abschluss des Prozessvergleichs doch nur bis zum Erlöschen der Rechtshängigkeit, sei es infolge rechtskräftigen Urteils oder Klagezurücknahme zulässig. Denn der Prozesgvergleich ist eine besondere Art der Prozessbeendigung und daher unmöglich, wenn bereits eine anderweitige Erledigung des Prozesses stattgefunden hat. Das Urteil hat aber nur prozessbeendigende Kraft, wenn es rechtskräftig geworden ist. Daher steht der Wirksamkeit eines Prozessvergleichs, der nach Verkündigung des Urteils, aber noch vor Eintritt der Rechtskraft geschlossen ist, nichts im Wege.[4])

### 2. Abschluss des Prozessvergleichs.

Der Prozessvergleich muss vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sein.

Das besagt zunächst, dass ein vor einem ausländischen Gericht zustande gekommener Vergleich keinen Vollstreckungstitel im Inland bildet. Weiterhin sind aber unter „deutsches

[1]) S. a. u. O. S. 230' ähnlich auch Tröltsch S. 15.

[2]) abw. Seuffert zu 794, 2 b.

[3]) cf. 693 mit 697 C. P. O., ebenso Petersen—Anger zu 794, 1 Nr. 3, Wolf S. 169. Schwalbach im Arch f. d. civil. Pr. Bd. 74, S. 289, dagegen Wilm—Levy zu § 702 alt.

[4]) Nach Tröltzsch S. 18 ist der Prozessvergleich nach einmal erlassenem Urteil nicht mehr möglich.

Gericht" nur die ordentlichen deutschen Gerichte zu verstehen, nicht die besonderen Gerichte, noch weniger die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. Dies ergibt sich aus § 3. E. G. z. C. P. O., wonach die C. P. O. auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören. Einige Schriftsteller[1]) wollen nur die Verwaltungsbehörden ausschliessen. Aber welche Schwierigkeiten würden sich bei dieser Auffassung in Bayern ergeben? Hier wäre für Verwaltungsrechtssachen in 2. und dritter Instanz ein Vergleich zulässig, nicht aber in 1. Instanz, in der gleichzeitig die Verwaltungsbehörden zuständig sind.[2])

Die ganze Unterscheidung hat jedoch keine grosse praktische Bedeutung, da durch Spezialgesetze die wichtigsten Sondergerichte ausdrücklich den ordentlichen Gerichten gleichgestellt sind,[3]) uns es ferner nach 801 C. P. O. der Landesgesetzgebung freisteht, auch aus den vor anderen Sondergerichten abgeschlossenen Vergleichen die Zwangsvollstreckung zuzulassen. So gehören hierher Vergleiche, welche vor einem Schiedsmann geschlossen sind.[4])

Deutsches Gericht kann aber ferner nur das Prozessgericht sein, resp. der ersuchte oder beauftragte Richter. Denn keinesfalls bedeutet in 794, 1 deutsches Gericht dasselbe wie in 794, 5. Hier kommt ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht; zu einer prozessrichterlichen Thätigkeit besteht in keiner Weise ein Anlass. Collisionen sind ausgeschlossen. Anders in 794, 1. Wollte man einen Vergleich vor jedem deutschen Gericht zulassen, wäre es nicht ausgeschlossen, dass das Gericht zum Urteil schreitet oder sogar das Urteil schon verkündet hat, während die Parteien vor einem andern Gericht einen Vergleich abschliessen, denn wo ist bestimmt, dass das Gericht,

[1]) insbesondere Hellmann § 126, 1, Plank S. 306.

[2]) Tröltzsch S. 22.

[3]) cf. Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit (7. April 1900) § 19 Nr. 1, Schutzgebietsgesetz (10. September 1900) § 3, auch Gesetz betreffend die Gewerbegerichte, alte Fassung § 56.

[4]) preuss. Schiedsmannsordnung vom 29. III. 79, § 32. Nicht hierher gehören die nach a. 12 des bayer. Ausführ.-Ges. zu C. P. O. abgeschlossenen Vergleiche vor dem Vermittlungsamt der Gemeinden, Militärbehörden und Universitätsrektorate; denn die Urkunden, die über solche Vergleiche aufgenommen werden müssen, ersetzen nicht die Notariatsurkunden (wie sie in § 794, 5 C. P. O. verlangt werden), begründen also keinen Vollstreckungstitel.

vor dem der Vergleich abgeschlossen wurde, verpflichtet ist, dem Prozessgericht das Protokoll einzusenden? Die Absicht des Gesetzgebers, durch den Abschluss vor Gericht zu verhüten, dass eine Partei übervorteilt werde oder sonstwie unsittliche Vergleiche zustande kommen, wäre zu nichte gemacht. Nur das Prozessgericht, das den ganzen Hergang auf Grund der mündlichen Verhandlung und der Akten kennt, ist imstande, die Sachlage zu beurteilen. Oder sollte das Prozessgericht ipso jure verpflichtet sein, die Akten zu übersenden oder Auskunft zu geben?

Insbesondere würde die Bestimmung, dass der Vergleich nach „Erhebung der Klage" geschlossen sein muss, vollständig überflüssig sein. Im Zusammenhang mit diesem Begriffsmerkmal kann § 794, 1 nur dahin verstanden werden, dass die Zwangsvollstreckung aus einem nach Erhebung der Klage vor einem deutschen Gericht, d. i. demjenigen deutschen Gericht, bei dem die Klage erhoben wurde, etc. stattfinden soll.

Von den Gegnern wird vor allem der Satz in den Motiven zu § 702 (alt) herangezogen: „Die Vollstreckbarkeit der gerichtlich geschlossenen Vergleiche über rechtshängige Sachen dient vorzugsweise der Erleichterung der Vergleiche, ohne dass eine Beschränkung auf die vor dem Prozessgericht oder einem beauftragten Richter geschlossenen erforderlich erscheint."

Mit Recht weist Wolf[1]) darauf hin, dass der Ausdruck beauftragte Richter in einem weiteren Sinn für denjenigen beauftragten und ersuchten Richter verwendet zu sein scheint, vor welchen die Parteien nach 296 zum Zweck des Sühneversuchs verwiesen sind.

Nur auf diese Weise ist die angeführte Stelle im Zusammenhang mit der Bemerkung der Motive zu § 268 (alt) zu verstehen: „Dass ein beauftragter oder ersuchter Richter, auch ohne dass die Parteien an ihn zum Zwecke des Sühneversuchs verwiesen sind, Vergleichsverhandlungen vornehmen kann, bedurfte als selbstverständlich keiner ausdrücklichen Bestimmung im Gesetz. Aus einem solchen Vergleich findet die Zwangsvollstreckung statt." Dieser Satz ist vom Standpunkt der herrschenden Meinung vollständig überflüssig, da doch alle

[1]) a. a. O., S. 201.

Gerichte ipso jure zur Aufnahme eines Vergleichs zuständig sind.[1])

Dass der Vergleich auch von einem Beauftragten oder ersuchten Richter abgeschlossen werden kann, ist schon erwähnt. Es ist nicht notwendig, dass der Richter gerade um die Aufnahme des Vergleichs ersucht wird.[2]) Als ersuchter Richter kann auch ein Konsular- oder Schutzgebietsgericht fungieren.

Nach § 160, II, 1. C. P. O. sind durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise erledigt wird. Hiemit ist nicht gesagt, dass die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs von der Protokollierung abhänge oder nur durch das Protokoll bewiesen werden könne; es entscheiden hier vielmehr auch die Bestimmungen über die Beweiskraft des Thatbestandes.[3])

Die Protokollierung ist nur etwas, was zu dem Abschluss des Vergleichs noch hinzukommt; sie muss auch vorgenommen werden, ohne dass die Parteien es beantragen; sie ist lediglich formelle Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich, indem aus dem Protokoll die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen ist.[4]) Ist überhaupt kein Protokoll aufgenommen, so wäre dies von Amtswegen nachzuholen. Würde der Gerichtsschreiber die Erteilung der Vollstreckungsklausel verweigern, so würde dem, wenn der Vergleich rechtsgültig ist, durch Gesuch um richterliche Entscheidung (576,1) und sofortige Beschwerde 576,2, 793) abgeholfen werden können.

Das Protokoll ist für die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs allein nicht massgebend; daraus folgt, dass ein aussergerichtlicher Vergleich nicht dadurch zum Prozessvergleich wird, dass er zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben wird; doch steht dem nichts entgegen, dass ein aussergerichtlicher Vergleich nochmals als Prozessvergleich vor einem deutschen Gericht abgeschlossen wird. Andererseits ersetzt die Protokollierung auch die sonst etwa notwendige gerichtliche oder notarielle Beurkundung. So bildet ein Prozessvergleich, in dem sich ein Teil zur Übertragung eines Grundstücks ver-

[1]) wie oben Gaupp Stein zu 794 I, 1 b. γ; Seuffert, 794 Nr. 1; Plank 2, 652; Wolf, S. 196 ff.; Kretzschmar, S. 85; dagegen R. G. 21, 348; Struckmann-Koch, 794, 1; Hellmann, S. 814; Petersen-Anger, S. 418, 3 b.

[2]) cf. R. G. in Seuff. Arch. 40, Nr. 265.

[3]) cf. R. G., Bd. 10, S. 366.

[4]) § 795 mit 724, 1. C. P. O.

pflichtet, ohne weiteres einen Vollstreckungstitel. Dem Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach 313 B. G. B. ist damit genüge gethan, und zwar selbst dann, wenn auf Grund § 167, 1 Fr. G. und a. 141 und 142 E. G. z. B. G. B. nur notarielle Beurkundung zugelassen ist.[1])

Denn § 167 Abs. 1 Fr. G. bezieht sich nur auf gerichtliche Beurkundung ausserhalb eines Prozesses, während das B. G. B. über die Art und Weise der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung keine allgemeinen Vorschriften enthält und daher die in § 313 verlangte Beurkundung wenn solche innerhalb des Prozesses geschieht, nach den Vorschriften der C. P. O. sich zu richten hat.

Das Gleiche muss auch gegenüber den landesgesetzlichen Vorschriften gelten, welche auf Grund a. 141 E. G. z. B. G. B. die gerichtliche Beurkundung ausschliessen. Denn auch diese beziehen sich lediglich auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wie sich aus den Motiven zu a. 91 des Entwurfes eines E. G. z. B. G. B. ergibt, der sich mit dem jetzigen a. 141 inhaltlich deckt, hatte man bei Aufstellung des Entwurfes noch nicht die Absicht, für das zum Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörige Beurkundungswesen reichsgesetzliche Bestimmungen zu treffen. In der II. Kommission (Prot. S. 8936) wurde auch beantragt, den jetzigen a. 141 in das Fr. G. G. zu verweisen.

In gleicher Weise ist auch ein Vergleich gültig, der einen Erbverzicht oder Vorvertrag auf Errichtung eines notariellen Ehevertrags enthält, ohne Rücksicht auf 1434 und 2348 B. G. B.[2]) Die Protokollierung des Vergleichs ersetzt ferner auch die schriftliche Form. (126, 3 B. G. B.)

Dagegen kann die Auflassung nicht als Bestandteil in den Prozessvergleich aufgenommen werden; denn sie muss vor dem Grundbuchamt erklärt werden (B. G. B. § 923). Auch wenn das Prozessgericht zufällig gleichzeitig Grundbuchamt ist, kann nicht vor demselben ein Vergleich geschlossen werden, der

---

[1]) cf. bayer. Ausf.-Ges. z. B. G. B. a. 167, Not.-Ges. a. 1; württ. Ausf.-Ges. z. B. G. B. a. 105.

[2]) cf. auch Entsch. des O. L. G. Hamburg II, 29. Jan. 1901 und O. L. G. Stuttgart II, 29. Nov. 1900, in der Sammlung von Mugdan-Falkmann II, S. 51 resp. 213.

eine Auflassung enthält, weil das Gericht als Grundbuchamt als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu gelten hat.[1])

§ 794, 1 verlangt, dass der Prozessvergleich zwischen den Parteien oder zwischen den Parteien und einem Dritten abgeschlossen werde.

Dieser Zusatz ist eine Neuerung der Novelle und zwar ist er erfolgt[2]) zur Förderung der gütlichen Beilegung der Prozesse für den Fall, dass von seiten einer mittelbar beteiligten Person in einem Prozessvergleich eine Verpflichtung übernommen wurde. Bisher war die Übernahme einer Leistung durch einen dritten (z. B. eines Ehegatten), nur gem. Ziffer 5 des § 702 (alt), möglich.

### 3. Fähigkeit zum Abschluss des Prozessvergleichs.

Fähig zum Abschluss des Prozessvergleichs ist, wer parteifähig, d. h. rechtsfähig ist (§ 50 C. P. O.). Zum persönlichen Abschluss von Prozessvergleichen ist Prozessfähigkeit erforderlich. An Stelle des Prozessunfähigen schliesst dessen gesetzlicher Vertreter den Prozessvergleich ab.

Andererseits können die Parteien (nach § 79 C. P. O.) jede andere prozessfähige Person bevollmächtigen zur Führung eines Rechtsstreits, soweit nicht eine Vertretung durch Anwälte geboten ist (§ 78 C. P. O.). Ist diese Vertretung aber auch nötig zum Abschluss eines Prozessvergleichs? Diese Frage ist zu verneinen

1) nach dem Zweck und Grund des Anwaltszwangs,

2) nach dem Wesen und Zweck des Prozessvergleichs.

Der Grund für das Gebot des Anwaltszwangs liegt in der Art und Weise, wie das Verfahren vor Landgerichten und Gerichten höherer Ordnung konstruiert ist.[3]) Es sollen unüberlegte und unrichtig geführte Prozesse verhütet werden. Ausserdem ist es für die mündliche Verhandlung von Bedeutung, dass die verhandelnden Personen neben der erforderlichen Rechtsbildung auch die Fähigkeit besitzen, in freier Rede und leidenschaftslos den Inhalt des Rechtsstreits dem Gericht vorzutragen.

Alles dies ist aber für den Vergleich völlig überflüssig; denn durch Abschluss des Vergleichs selbst werden schon unüberlegte Prozesse verhütet, und damit nicht eine Überrumpelung oder Benachteiligung der einen Partei erfolge, ist ja gericht-

[1]) cf. R. G. 58, S. 191. Seuffert, Kom. z. C. P. O., S. 437, e.

[2]) Motive z. Nov. d. C. P. O., S. 162.

[3]) cf. Hahn, Materialien zur C. P. O. II, 1. S. 185.

licher Abschluss vorgeschrieben. Nun heisst es in § 78 C. P. O. allerdings schlechthin: Vor den Landgerichten etc. müssen sich die Parteien vertreten lassen, allein, ganz abgesehen von obigen Erwägungen zeigt schon eine Vergleichung des § 78 und 79, dass eine Vertretung durch einen Anwalt beim Abschluss des Prozessvergleichs nicht erforderlich ist. Die Parteien können den „Rechtsstreit" selbst führen, soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (nämlich im Führen des Rechtsstreits); blos zur Führung des Rechtsstreits sind die Anwälte zuzuziehen, nicht aber für Privatverfügungen der Parteien, die nur für gewisse Wirkungen gewisser Formen bedürfen.

Vor allem aber würde der Anwaltszwang dem Zweck des Vergleichs direkt ins Gesicht schlagen. Der Gesetzgeber will den Abschluss des Vergleichs möglichst erleichtern, weil dadurch Prozesse vermieden werden sollen, sollte er nun eine derartige Beschränkung verlangen? Wenn aber die Partei freiwillig ihr Recht aufgibt, einen Prozess zu führen und einem andern dazu Prozessvollmacht erteilt, liegt ihr blos daran, dass der Bevollmächtigte ihre Rechtssache zu Ende führe; es darf, wie die Motive[1]) anführen, als die Intention der Partei angesehen werden, dass der Bevollmächtigte auch einen Vergleich schliessen darf, wenn er sich überzeugt, dass dadurch ein die Interessen seines Mandanten schädigender Ausgang des Prozesses vermieden werden kann. Deshalb bestimmt § 81 C. P. O. im Gegensatz zum gemeinen Recht ausdrücklich, dass die Prozessvollmacht auch zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich ermächtigt; eine Beschränkung aber ist nur gerade bei Vergleich, Verzicht, Anerkenntnis zulässig (§ 83). Neben Prozessbevollmächtigten kennt die C. P. O. noch als Vertreter einer Partei die gesetzlichen Vertreter, auch für den Umfang ihrer Vertretungsbefugnis ist in § 54 C. P. O. eine besondere Vorschrift getroffen.[2])

Man streitet nun darüber, ob zu diesen Prozesshandlungen im Sinne des § 54 auch der Prozessvergleich gehört. Die

---

[1]) S. 191 bei Hahn.

[2]) „Einzelne Prozesshandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozessführung im Allgemeinen erteilt oder die Prozessführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist."

Kontroverse wird, wie Wolf ganz richtig bemerkt,[1]) in der Weise behandelt, dass man untersucht, ob Vergleich eine Prozesshandlung sei oder nicht, und je nach dem Standpunkt, den ein Schriftsteller einnimmt, stellt er einen Begriff der Prozesshandlungen auf und begründet damit seine bejahende oder verneinende Antwort.

Auch hier scheint es am geeignetsten in der Weise vorzugehen, dass man untersucht

1) was ist Zweck und Bedeutung des § 54,
2) auf welche §§ des bürgerlichen Rechts könnte hinsichtlich der Vergleichs § 54 Anwendung finden und was bezwecken diese Paragraphen?

Der Grundsatz des § 54 ist dem § 85 des norddeutschen Entwurfs entnommen und eine Anwendung des im H. G. B. § 50 rücksichtlich des Prokura anerkannten Prinzips, das nach aussen hin — dritten Personen gegenüber — im Interesse der Sicherheit des Verkehrs eine Beschränkung der Legitimation, der Vertretungsbefugnis unzulässig ist, mag diese Beschränkung auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen.

Nun könnten in Anwendung kommen die §§ 1822, 12 und 1714 B. G. B.: Wenn der Gegenstand des Vergleichs den Wert von 300 Mk. übersteigt, bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; ebenso bedürfen Vereinbarungen zwischen Vater und unehelichem Kind betreffend Unterhalt für die Zukunft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wenn nun derartige Vergleiche vor Gericht geschlossen werden, fehlt völlig ein Interesse für die Sicherheit des Verkehrs, es ist zu nicht befürchten, das aus der Beschränkung der Vertretungsbefugnis irgend ein Nachteil erwachsen werde, weil eben das Gericht in diesem Falle sofort eingreifen kann und muss. Andererseits ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich im Interesse des Mündels, das Vermögen des Mündels soll thunlichst geschützt werden gegen dolose und unüberlegte Schritte des Vormunds; diese sind aber dem Vergleichsgericht in der Regel nicht auf den ersten Blick ersichtlich, während aber das Vormundschaftsgericht, das fortwährend die Tätigkeit des Vormunds überwacht, hier viel leichtere Sache hat. Dass aber gerade der Vergleich eine besonders starke

[1]) S. 185.

Einwirkung zulässt, anerkennt auch das Gesetz in § 83, indem gerade die Befugnis zum Abschluss eines Vergleichs und nur diese (nebst Anerkenntnis und Verzicht) aus dem Umfang der Vollmacht eximiert werden kann.

Was so die ratio ergibt, lässt sich auch nach dem Gesetz nachweisen, insbesondere seiner Entstehung. Zunächst gebrauchen die §§ 67, 230, 288 u. a. den Ausdruck „Prozesshandlung" in einem Sinn, welcher auf den Vergleich unanwendbar ist; denn der Nebenintervenient kann keinen Vergleich abschliessen, ebensowenig kann von Versäumung einer Prozesshandlung bezüglich des Vergleichs die Rede sein.

Weiterhin ergibt sich aus § 81, dass Vergleiche nicht zu Prozesshandlungen gehören, weil § 81 ausdrücklich bestimmt: „Die Prozessvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen, zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich etc. Ob die Bestellung eines Vertreters für die höhere Instanz Prozesshandlung ist, kann dahingestellt bleiben; denn keinesfalls ist die Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten eine solche und damit jedenfalls die Folgerung beseitigt, dass alle in § 81 zusammengestellten Handlungen als Prozesshandlungen zu gelten haben.

Der § 54 C. P. O. kann aber aus § 81 nicht dahin erläutert werden, dass aus letzterem entnommen werde, der Vergleich sei schlechthin im Sinne der C. P. O. eine Prozesshandlung, oder dass die Ermächtigung des Vertreters einer prozessunfähigen Partei denselben Umfang haben müsse, wie die Prozessvollmacht; hiefür gebricht es an der Rechtsähnlichkeit beider Vorschriften. § 54 gilt von Prozessfähigkeit, § 81 von Prozessvollmacht[1]). Aber selbst, wenn man dies behaupten wollte, muss man berücksichtigen, dass die Prozessvollmacht gerade die Ermächtigung zum Abschluss eines Vergleichs ausschliessen, während der gesetzliche Vertreter davon nicht ausgeschlossen werden kann. Schon daraus muss man schliessen, dass dem Vormund eine Befugnis zum Abschluss des Prozessvergleichs ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht zustehen soll.

Somit kommen wir zu dem Resultat, dass der Prozessvergleich nicht zu den Prozesshandlungen des § 54 gehört, dass also der Vormund auch zum Abschluss eines gerichtlichen Ver-

[1]) cf. R. G. Bd. 19, S. 366.

gleichs unter den Voraussetzungen des § 1822, 12 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, ebenso der Vater zum Abschluss eines gerichtlichen Alimentenvergleichs.[1])

### 4. Wirkungen und Zweck des Prozessvergleichs.

#### a) Beendigung der Rechtshängigkeit.

Der Prozessvergleich ist nur nach Erhebung der Klage, also über einen rechtshängigen Anspruch zulässig. Die Rechtshängigkeit wird nun durch den gültig zustande gekommenen Prozessvergleich beseitigt. Diese Funktion der Beendigung des Prozesses durch den Prozessvergleich ist bisher vielfach bestritten worden.[2])

Durch B. G. B. § 211 und 218 dürfte der Streit entschieden sein. Hier wird ganz offensichtlich der Prozessvergleich neben das Urteil gestellt als Mittel der Prozessbeendigung. Auch die Motive bemerken hiezu ausdrücklich: „Der Rechtsstreit findet ein Ende mit dem rechtskräftigen Urteil; daneben liegt die anderweitige Erledigung durch Vergleich.“ Auch wenn der Vergleich nicht vor dem Prozessgericht geschlossen wird, beendigt er den Prozess, die Partei hat die Einwendung des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits. Die Beendigung der Rechtshängigkeit aber hat zur Folge, dass der Prozess ein für alle mal beendigt ist, er lebt nicht wieder auf, auch wenn in einem neuen Vergleich die Aufhebung vereinbart sein sollte. Nur wenn der Vergleich unter einer Bedingung abgeschlossen wurde, wird der Prozess mit Eintritt oder Nicht-Eintritt der Bedingung beendigt, bis dahin ruht der Prozess.

#### b) Zwangsvollstreckung.

Die wichtigste Wirkung des Prozessvergleichs ist, dass er, wie ein rechtskräftiges Urteil, einen Zwangsvollstreckungstitel begründet. Allein dies trifft nur insoweit zu, als in dem Vergleich von einer der Parteien eine Leistung übernommen wurde, die eine Zwangsvollstreckung zulässt; das sind[3]) solche Vereinbarungen,

---

[1]) ebenso Wilmowski und Levy zu § 52 (alte Fassung) Anm. 2; Planck § 46, Anm. 13; Förster-Eccius I, § 103, Anm. 6; Künzel in Gruchot Bd. 24, S. 276; R. G. Bd. 19, S. 366. Abweichend: Gaupp zu § 52 a. F.; Seuffert zu § 54; Struckmann-Koch zu § 54; Tröltzsch S. 60, 74; Wolf S. 185 ff.; Jäger, Konkursordnung § 182, Anm. 2.

[2]) insbesondere von Eccius in Gruch. Bd. 30 S. 465; Förster-Eccius I, S. 699 u. a.

[3]) R. G. Bd. 42, S. 137.

bez. deren ein gültiges Privatrecht vertragsmässig konstituiert werden konnte, also insbesondere vermögensrechtliche Verpflichtungen; es kann aber nicht z. B. auf grund eines Prozessvergleichs die Unterbringung eines Kindes in eine Idiotenanstalt durch Zwangsvollstreckung erzwungen werden. Auf die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Zwangsvollstreckung aus Endurteilen gelten (724—793 C. P. O.), insbesondere begründet auch der Prozessvergleich lediglich einen Titel zur Zwangsvollstreckung; die Vollstreckung selbst findet erst auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung statt (724). Die vollstreckbare Ausfertigung wird regelmässig nach 724, 2 von dem Gerichtsschreiber des Gerichts 1. Instanz, also des Prozessgerichts erteilt. § 797, 1 C. P. O. erklärt für gerichtliche Urkunden den Gerichtsschreiber des Gerichts zuständig, welches die Urkunden aufgenommen hat. Für den Prozessvergleich bewendet es jedoch bei der Regel. Die Vollstreckungsklausel ist von dem Gerichtsschreiber des Prozessgerichts zu erteilen, auch wenn der Vergleich vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefunden hat; denn der Prozessvergleich gehört nicht zu den gerichtlichen Urkunden des § 797, 1 [1]). Vielmehr bezieht sich § 797 nur auf die in 794, 1 Nr. 5 und Abs. 2 bezeichneten Urkunden. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut. § 794 Nr. 5 und 797 sprechen von Urkunden, die *von* einem Gericht *aufgenommen* sind, hiegegen 794 Nr. 1 und 2 von Vergleichen, die *vor* einem deutschen Gericht resp. dem Amtsgericht *abgeschlossen* sind.

Es folgt dies weiter aus der Entstehungsgeschichte des § 797. Der norddeutsche Entwurf scheidet die Vollstreckung aus Vergleichen (§ 931) von der Vollstreckung aus gerichtlichen oder notariellen Urkunden. Dieselbe Terminologie ist in die Motive (S. 418) und in die C. P. O. selbst übergegangen. Auch das B. G. B. stellt in § 218 den Anspruch aus einem vollstreckbaren Vergleich und den Anspruch aus einer vollstreckbaren Urkunde nebeneinander.

Der Einwand der Gegner, dass § 794, 2 unserer Auffassung entgegensteht, wird dadurch beseitigt, dass § 795 ausdrücklich

[1]) Ebenso Seuffert, Kom. z. C. P. O. S. 446, Wilm-Levy zu 704 (alt) Gaupp zu 797, Kretschmar S. 98, Wolf S. 218; dagegen Petersen zu 797, Hellmann, Lehrbuch S. 817, Kohler im Arch. f. d. civil. Pr. 70, S. 18, R. G. 21, S. 345.

bestimmt, die dort zitierten Paragraphen sollen nur entsprechende Anwendung finden. Daraus lässt sich unschwer an Stelle des Prozessgerichts dasjenige Amtsgericht setzen, vor welchem der Sühnetermin stattgefunden hat. Insbesondere zieht man gegen unsere Ansicht mit § 767, 2 C. P. O. zu Felde. So führt das Reichsgericht[1]) aus:

Es müsste dann § 767, 2 auf die Vergleiche des 794 Anwendung finden, d. h. alle Einwendungen gegen den Anspruch aus dem Vergleich, wofern sie nicht nach dessen Abschluss entstanden sind, wären in der Vollstreckungsinstanz ausgeschlossen, in dem Vergleich also eine insoweit unanfechtbare Grundlage für die Zwangsvollstreckung geschaffen.

Aber hiebei wird übersehen, dass 767, 2 auf Vergleiche keine Anwendung finden kann. Denn die Beschränkung des § 767, 2 beruht auf der Rechtskraft der Urteile. Der Vergleich aber ist zwar der Vollstreckbarkeit, nicht aber der Rechtskraft zugänglich.

Die übrigen Vorschriften über Zwangsvollstreckung, die auf den Prozessvergleich Anwendung finden, ergeben sich klar aus § 795 und sind völlig unbestritten. Darnach bildet der Vergleich zugleich den Titel zur Kostenfestsetzung (§ 104 C. P. O). Dagegen darf die Vollstreckungsklausel aus einem Vergleich abweichend von der Regel (724 und 725) auch gegen den Kläger erteilt werden, wenn er eine Leistung übernahm etc.

Der Prozessvergleich wird geschlossen zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in betr. eines Teils des Streitgegenstandes.

„Beilegung dem ganzen Umfang“ nach bedeutet eine friedliche Schlichtung des ganzen Prozesses, ohne dass es einer richterlichen Entscheidung bedarf. Die Gestaltungen, die unter „Teil des Streitgegenstands“ fallen können, stellt Wolf[2]) in trefflicher Weise zusammen, darnach ist möglich

1) dass durch den Vergleich ein quantitativer Teil des Anspruchs ausser Streit gesetzt wird, während bezüglich des übrigen Teils der Rechtsstreit anhängig bleibt,
2) die Abmachung bezieht sich auf einen von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen,
3) wenn Widerklage erhoben ist, kann die Klage oder Widerklage allein durch Vergleich erledigt werden.

[1]) Bd. 21, S. 348.
[2]) S. 175.

Unzulässig ist aber ein Teilvergleich, wodurch der geltend gemachte Anspruch erledigt, aber der Kostenpunkt gerichlicher Entscheidung vorbehalten wird. Nach § 98 C. P. O. sind die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben. Auch fallen Vergleichsberedungen über einen Zwischenstreit, über einzelne Angriffs- und Verteidigungshandlungen, über einredeweise geltend gemachte Gegenforderungen nicht unter § 794, 1 C. P. O.[1])

Wenn nun auch dem Prozessvergleich zwei Wirkungen zukommen, die auch das Urteil hat — Erledigung des Rechtsstreits und Zwangsvollstreckung — so bestehen doch ganz erhebliche Unterschiede zwischen den Wirkungen des Urteils und des Prozessvergleichs.

1) Auch der Prozessvergleich bleibt wie der aussergerichtliche ein Rechtsgeschäft; er hat seinem Wesen nach überall die Natur eines Parteiübereinkommens.[2]) Das Urteil ist dagegen Ausspruch des Gerichts, einer Behörde. Der Vergleich ist daher auch anfechtbar nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und nicht wie ein Urteil mit Nichtigkeits- und Restitutionsklage.

2) Der Prozessvergleich ist deshalb auch kein Urteilssurrogat, er ersetzt nicht das Urteil, wie Paul[3]) annimmt. Weil nach Beschreitung des Prozesswegs die Parteien ein Recht auf rechtskräftige und vollstreckbare Feststellung des von ihnen in den Streit gezogenen Rechtsverhältnisses hätten, sollte ihnen dafür der Vergleich vollgültigen Ersatz bieten und deshalb müsste ihm wie dem Urteil Rechtskraft zustehen. Allein es kann

3) weder von formellen noch materiellen Rechtskraftswirkungen des Prozessvergleichs gesprochen werden. Ein Urteil ist formell rechtskräftig, wenn es mit Rechtsmitteln oder mit Einspruch nicht mehr angefochten werden kann (§ 705). Dass diese Begriffsbestimmung bei Anwendung auf den Vergleich versagt, gibt Paul selbst zu.[4])

---

[1]) abweichend nur Tröltzsch, S. 557.
[2]) ebenso R. G. Bd. 28, 38 u. Bd. 37, 416; Seuffert, Kom. II, S. 439, 1 d.
[3]) S. 12.
[4]) S. 22.

Was nun die materielle Rechtskraft anlangt, so ist auch diese beim Vergleiche zu verneinen. Um den Parteien Ersatz zu schaffen dafür, dass sie kein rechtskräftiges Urteil erhalten, braucht man, wie Paul dies thut, keine Rechtskraftswirkung anzunehmen; denn die Parteien schliessen freiwillig einen Vergleich und verzichten damit auf ihr Recht, ein Urteil zu verlangen.

Das rechtskräftige Urteil ist für alle Zeiten massgebend, es ist auch im stande, rechtsverändernd zu wirken, wo es dem Recht nicht entspricht; der Vergleich aber ist Vertrag, seine Wirkungen entspringen der privaten Verfügungsgewalt, soweit eine solche zulässig ist. Deshalb kann auch ein Prozessvergleich nicht die Nichtigkeit des eingeklagten Anspruchs aus dem Weg räumen.

### 5. Unwirksamkeit des Prozessvergleichs.

Da ein nach § 779 B. G. B. gültiger Vergleich Voraussetzung des Prozessvergleichs ist, ist der Prozessvergleich zunächst unwirksam, wenn es an diesen Voraussetzungen fehlt. Um aber Zwangsvollstreckungswirkung zu haben, muss der Vergleich auch den prozessualen Vorschriften des § 794, 1 C. P. O. genügen und ist folglich auch ungültig, wenn eines der in diesem § bestimmten Erfordernisse nicht erfüllt ist. Die Unwirksamkeit äussert sich darin, dass gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen erhoben werden.

Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sind nach 795 und 767 C. P. O. durch Vollsteckungsgegenklage geltend zu machen. Dass 767, 2 auf den Vergleich keine Anwendung finden kann, ist bereits ausgeführt. Der Klageantrag geht dahin, dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird. Hat ein Dritter an dem Gegenstand des Vergleichs, in den vollstreckt werden soll, ein die Veräusserung hinderndes Recht (Eigentum, ac commodati, Depositi), so steht ihm gegen die Vollstreckung die Widerspruchsklage — die prozessrechtliche Feststellungsklage, dass die Zwangsvollstreckung in den fraglichen Gegenstand für unzulässig erklärt werde — zu Gebote. (771 C. P. O.) Einwendungen endlich gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (766) sind durch formloses Gesuch beim Vollstreckungsgericht anzubringen.

Der auf das Gesuch ergangene Bescheid unterliegt der sofortigen Beschwerde (793).

Nichtigkeits- und Restitutionsklage[1]) sind zwar gegen den Prozessvergleich nicht zulässig[2]), aber immerhin bedingen die Gründe, aus denen gegen ein rechtskräftiges Urteil die Nichtigkeitsklage stattfindet, in einigen Fällen ipso jure die Ungültigkeit des Prozessvergleichs, z. B. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmässig besetzt war, dann ist dem Erfordernis „deutsches Gericht" nicht genügt. Wenn nun so Einwendungen gegen den Vergleichsanspruch selbst prozessualisch zulässig sind, entscheidet doch über die sachliche Begründung desselben lediglich das bürgerliche Recht, d. h. der Vergleich als Rechtsgeschäft bleibt den Normen des Civilrechts unterworfen, welche die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte betreffen.

Es kann der Fall eintreten, dass eine Vollstreckung nicht stattfinden kann, weil der Vergleich nicht auf eine Leistung geht. Dann bleibt nichts übrig, als eine neue Klage anzustrengen zur Geltendmachung des Anspruchs, auch ist eine Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Vergleichs zulässig. Nach Kohler[1]) dagegen sollte es zulässig sein, den Prozess fortzusetzen unter Geltendmachung der Nichtigkeit des Vergleichs; denn nicht der formell-, sondern der materiellwirksame Vergleich bringe den Prozess zur Lösung; das Prozessgericht habe die Gültigkeit des Vergleichs zu prüfen und die etwaige Nichtigkeit desselben durch Zwischenurteil oder im Endurteil zu statuieren. Dagegen ist einzuwenden, dass der Prozessvergleich den Prozess beendigt, dass er sogar nicht durch gegenseitige Uebereinkunft wieder beseitigt und der Prozess fortgesetzt werden kann. Und diese Wirkung der Prozessbeendigung kann auch dadurch nicht beseitigt werden, dass die materiellen Wirkungen des Vergleichs nicht eintreten.

---

[1]) Vergleiche auch Vorschlag von Rocholl-Niedner zur Abänderung des Entwurfes des B. G. B.: Ein Prozessvergleich ist nur anfechtbar, wenn ein Irrtum des Anfechtenden beim Vergleichsschluss über die nicht streitigen Teile des durch den Vergleich festgestellten Rechtsverhältnisses durch einen Umstand hervorgerufen worden ist, welcher nach 543, 2, 3, 6, 7, C. P. O. (alte Fass.) die Restitution gegen ein rechtskräftiges Urteil herbeiführen würde.

[2]) Dagegen Paul S. 25: Die Parteien haben kein anderes Mittel, einen von ihnen zur Beilegung der Streitsache abgeschlossenen Vergleich ausser Wirkung zu setzen, als das der Erhebung einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage.

[1]) Beiträge zum Civilprozess S. 476.

## III. Der Vergleich im Sühneverfahren.

Zu den gerichtlichen Vergleichen gehört auch der Vergleich, der abgeschlossen wird vor Erhebung der Klage zur Vermeidung des Prozesses (§ 510 C. P. O.) Der Vergleich muss geschlossen werden vor dem Amtsgericht, vor dem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist im Sitzungsprotokoll festzustellen und bildet einen Titel zur Zwangsvollstreckung; hinsichtlich der Kosten kommt § 98 C. P. O. in Betracht. Was die rechtliche Natur anlangt, verweisen wir auf den Prozessvergleich. Hervorzuheben ist, dass der Sühnevergleich im Gegensatz zum Prozessvergleich (§ 794, 1) nur zwischen der ladenden und geladenen Person geschlossen und vollstreckbar ist; dritte Personen können am Vergleich des § 510 nicht teilnehmen.